

Radicación 55733

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

Magistrado ponente

SL913-2018

Radicación n.º 55733

Acta 07

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por PALMERAS DE LA COSTA S.A. contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C, el 1 de diciembre de 2011, en el proceso que instauró MARÍA EDUVIGES ORJUELA FERNÁNDEZ contra la recurrente.

I. ANTECEDENTES

María Eduviges Orjuela Fernández llamó a juicio a la sociedad Palmeras de la Costa S.A., con el fin de que se declarara que entre la demandada y Luis Francisco Martínez Polo, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 29 de abril de 1981 y el 30 de abril de 1994 y que se omitió afiliar y pagar los aportes en pensiones del trabajador.

En consecuencia, solicitó se condenara a la accionada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, derivado del fallecimiento de su compañero permanente, a partir del 27 de octubre de 1994, con los reajustes de ley y las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad; los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, hasta la fecha en la que se verifique el pago total de las mesadas adeudadas; y, las costas procesales.

Subsidiariamente solicitó condenar a la demandada a trasladar, a favor del Instituto de Seguros Sociales, el título pensional correspondiente al valor del cálculo de la reserva actuarial o calculo actuarial del fallecido Luis Francisco Martínez Polo.

Como fundamento fáctico relató que entre Luis Francisco Martínez Polo y la accionada, existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 29 de abril de 1981, hasta el 30 de abril de 1994 y que ocupó el cargo de operario de planta; que la empresa efectuó afiliación al ISS solo por los periodos comprendidos entre el 14 de febrero de 1985 y el 31 de diciembre de 1985 y del 1 de agosto de 1988 al 4 de noviembre de 1988, cuando tenía la obligación de afiliarlo por toda la vigencia del contrato; que la demandante y el causante iniciaron vida marital y tuvieron una convivencia ininterrumpida desde el 17 de septiembre de 1983 hasta la fecha de su deceso, esto es, el 26 de octubre de 1994; que de su unión como pareja nacieron tres hijos Luis Felipe, Carlos Andrés y Luis Fernando Martínez Orjuela; que del dinero proveniente de su trabajo contribuía para el sostenimiento del hogar, alimentación, techo y demás necesidades básicas.

Al dar respuesta a la demanda, la empresa se opuso a las pretensiones principales y

subsidiarias; admitió los hechos relativos a la existencia de la relación laboral, los extremos temporales, el cargo ocupado y la no afiliación al Instituto de Seguros Sociales.

Frente al último punto, afirmó que las labores desempeñadas lo fueron en el municipio de El Copey (Cesar), lugar en el que no existía cobertura de dicha entidad para la época.

Mencionó que en la afiliación efectuada a partir del 21 de marzo de 1985, se consignó como lugar de trabajo el municipio de El Algarrobo (Magdalena), razón por la cual fue cancelada posteriormente por el ISS, teniendo en cuenta que se había realizado en un lugar distinto al de prestación de los servicios y ??en aplicación a lo previsto por el artículo 20 del Decreto 2665 de 1988??.

Subrayó en el hecho que al no existir cobertura del ISS en el municipio del Copey, no tenía la obligación de efectuar la afiliación e indicó que la cobertura en dicho municipio, comenzó el 17 de octubre de 1992. Admitió la fecha de fallecimiento del ex trabajador y, frente a los hechos relativos al vínculo de la demandante con el causante, aceptó aquellos hechos que constaban en los registros civiles y negó los restantes.

En su defensa propuso la excepción de cosa juzgada, aduciendo al efecto la conciliación celebrada por la empresa con el causante con el Número 0886. Propuso adicionalmente

las excepciones de mérito que denominó ??imposibilidad jurídica de afiliar a los trabajadores y cotizar a la seguridad social??. ?inexistencia de los derechos reclamados?? ; ??prescripción??. ??prescripción de aportes a la seguridad social??; y la ??genérica?? (fs°. 31 a 40).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá DC, en decisión del 20 de octubre de 2011 (fs.° CD 123; 123A), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor Luis Francisco Martínez Polo y la empresa Palmeras de la Costa S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 29 de abril de 1981 al 30 de abril de 1994.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de cosa juzgada y prescripción por lo motivado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Palmeras de la Costa S.A. a trasladar al Instituto de Seguros Sociales el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial del señor Luis Martínez Polo entre el 29 de abril de 1981 al 26 de marzo de 1985, de conformidad con el cálculo que realice el fondo respectivo, indicando que se debe hacer sobre el salario mínimo, como quiera que no se demostraran salarios diferentes por lo motivado.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada Palmeras de la Costa S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: COSTAS a cargo de la parte demandada, tásense.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., al conocer del recurso de apelación de ambas partes, mediante fallo del 1 de diciembre de 2011 (fs.° 135 a 137), resolvió;

PRIMERO: REVOCASE el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de octubre de 2011, en el presente proceso ordinario en su lugar DISPÓNGASE que PALMERAS DE LA COSTA S.A. reconozca en favor de la señora MARÍA EDUVIGES ORJUELA FERNÁNDEZ una pensión de sobrevivientes en cuantía equivalente al salario mínimo legal a partir del 26 de octubre de 1994, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada, en consecuencia, PALMERAS DE LA COSTA S.A deberá pagar a favor de la demandante el retroactivo causado a partir del 26 de noviembre de 2010 y el que se siga causando hasta la fecha de pago de la pensión, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima más alta vigente al momento del pago.

TERCERO: CONFIRMASE la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia por su no causación.

Como fundamento de su decisión, comenzó por determinar que la norma aplicable era el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, teniendo en cuenta que la muerte del causante ocurrió el 26 de octubre de 1994. Así mismo, citó lo dispuesto en el artículo 70 del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 de la misma anualidad, en el que se establece que la omisión en la inscripción del trabajador, genera en el empleador obligado a inscribirlo, el deber de reconocerle a él o a sus causahabientes, las prestaciones que el ISS les hubiera otorgado en el caso de que la afiliación se hubiere efectuado.

Citó jurisprudencia de esta Sala en el mismo sentido y afirmó con base en esta que, solo a partir de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social es factible exigir las prestaciones allí consagradas, por lo que, en los eventos de no afiliación del trabajador, el único responsable del pago de dichas obligaciones es el empleador.

De la documental allegada al proceso, concluyó que Luis Francisco Martínez Polo laboró al servicio de la sociedad Palmeras de la Costa, desde el 29 de abril de 1981 hasta el 30 de abril de 1994, que el sitio de trabajo fue el Copey (Cesar), donde la demandada admite que la cobertura del ISS tuvo inicio el 17 de octubre de 1992. Hizo referencia a la conciliación efectuada por los periodos de cotización comprendidos entre esta última fecha y el 30 de abril de 1994, fecha de terminación del contrato de trabajo.

Por su parte, tuvo acreditada la calidad de compañera permanente de la demandante y su convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte del causante, con los registros civiles de los hijos aportados al proceso y los testimonios de Fredes Rafael de Castro Sánchez y Castillo Pastor Pacheco Colón.

Seguidamente afirmó que, entre el 26 de octubre de 1993, fecha de inicio de la cobertura del ISS en el Copey (Cesar) y el 30 de abril de 1994, fecha de terminación del contrato de trabajo, reunían 185 días, equivalentes a 26.42 semanas, tiempo que, de haber sido cotizado al sistema, habría sido suficiente para acceder a la pensión de sobrevivientes a cargo del ISS, de conformidad con la norma aplicable. En tal sentido concluyó que al no consolidar el derecho con la administradora, debido a la omisión del empleador, era este último el obligado a asumir la prestación de sobrevivientes reclamada a partir del fallecimiento.

No obstante, el encontrar probada parcialmente la excepción de prescripción declaró el pago de las mesadas causadas a partir del 26 de noviembre de 2007, por haber sido presentada la demanda el 26 del mismo mes de 2010 y afirmó que al aplicar la tasa de reemplazo del 51% se obtenía un valor inferior al salario mínimo, por lo que dispuso que la prestación debía reconocerse en una cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, a partir del 26 de noviembre de 2007.

Añadió que la excepción de cosa juzgada, no tenía acogida por cuanto la obligación de efectuar aportes al sistema, no era un aspecto sobre el cual fuera oponible cualquier clase de acuerdo conciliatorio por tratarse de objeto ilícito.

IV. **RECURSO DE CASACIÓN**

Interpuesto por la demandada 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 PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto al revocar el numeral Tercero de la Sentencia del Juzgado, condenó a la demandada a reconocer a la demandante una pensión de sobreviviente (sic) y en el punto Segundo de su parte resolutive dispuso el pago de un retroactivo.

Una vez constituida la Honorable Corte en sede de instancia, se servirá revocar los numerales segundo y tercero del fallo de primera instancia para, en su lugar, absolver a la parte demandada de la condena que en ella se impone y declarar probadas las excepciones propuestas.

Propone un alcance de la impugnación que denomina subsidiario en el que solicita a la Corte:

CASE PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto modificó la decisión del Juzgado revocando el numeral Tercero para condenar a la empresa al pago de la pensión de sobrevivientes y adicionó en el punto Segundo la condena, ordenando el pago de un retroactivo por este concepto.

Una vez constituida la Honorable Corte en sede de instancia, se servirá revocar el numeral Tercero del fallo de primera instancia en el sentido de que el cálculo actuarial cuyo traslado allí se ordena sea el correspondiente al periodo comprendido entre el 17 de Octubre de 1992 y el 30 de Abril de 1994, confirmando en lo demás la sentencia del A Quo (sic).

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, que fue objeto de réplica.

VI. **CARGO ÚNICO**

Lo propone en los siguientes términos:

Acuso la sentencia recurrida por la causal primera de Casación contemplada en el artículo 60 del Decreto Ley 528 de 1964, modificado por el artículo 70 de la Ley 16 de 1969, esto es, por violar en forma indirecta en la modalidad de aplicación indebida los artículos 46

de la Ley 100 de 1993 y 70 del Acuerdo 044 de 1989 aprobado por Decreto 3063 de 1989, con causa en la falta de aplicación o infracción directa del artículo 33, parágrafo 10 de la Ley 100 de 1993 (versión original vigente en Abril/ 94) , en relación con los artículos 41 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 de 1990; 259 CST; 151 de la Ley 100/93; 8º de la Ley 153 de 1887 y 19, 20 (versión vigente en Abril/ 94) y 78 (versión vigente en Abril/ 94) del CPT y SS.

Enlista como errores manifiestos de hecho:

No dar por demostrado, estándolo, que en conciliación laboral celebrada entre el causante y la demandada, expresamente se hizo mención a "los derechos que puedan asistirle por el bono pensional". No dar por demostrado, estándolo, que cuando el causante falleció no era trabajador de la demandada.

Afirma que dichos errores se produjeron por errónea apreciación de las siguientes pruebas:

1. Registro Civil de Defunción del causante (folio 15)
2. Carta de Renuncia del causante (folio 44)
3. Acta de Conciliación (folios 41 a 43)

Transcribe el problema jurídico planteado por el Juez Plural y seguidamente enuncia los hechos que tuvo por probados entre los que se cuenta, que el contrato de trabajo finiquitó el 30 de abril de 1994 por renuncia voluntaria; que el fallecimiento del causante se produjo el 26 de octubre de 1994; que la cobertura del ISS en el Copey (Cesar) comenzó el 17 de octubre de 1992; y que la demandada celebró con el causante una conciliación.

Posteriormente, cita aparte de las consideraciones del Tribunal, con las cuales dio sustento a su decisión de condenar a la empresa al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por haber omitido la obligación de afiliación del ex trabajador Luis Francisco Martínez Polo y, señaló lo expuesto por el Colegiado respecto de la excepción de cosa juzgada. Acusa una indebida apreciación del acta de conciliación (fs.º 41 – 43), en la que no solo el causante ratifica que su contrato de trabajo terminó el día 30 de abril de 1994 ??en forma libre y voluntaria??, sino también que la liquidación incluida en dicha acta de conciliación fue aceptada por el trabajador acordándose conciliar, entre otros derechos, ??lo referente a valores resultantes del denominado bono pensional??. Insiste en que el ex trabajador, en dicha acta ratificó que recibía la suma de dinero allí pactada y se declaraba a la empresa a ??paz y salvo por todo concepto?? incluidos ??los derechos que puedan asistirle por el bono pensional??.

Repara que el Tribunal haya afirmado que se trataba de un asunto que no se incluía en la conciliación y, agrega que la correcta apreciación de los documentos enunciados habría llevado a la absolución de la empresa; reitera que la fecha de inicio de la cobertura del ISS en el municipio del Copey (Cesar), fue el 17 de octubre de 1992 y que para cubrir la falencia de las cotizaciones dejadas de efectuar por ese periodo, bien pudo ordenarse el pago del cálculo actuarial; precisó que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ??23 de Diciembre de 1993??.

Por último señala, que la muerte del causante se produjo cuando ya no era trabajador de

la empresa, cuando las disposiciones del sistema general de seguridad social, ya estaban en vigencia y cuando no habían sido expedidas las normas sobre emisión de títulos o bonos pensionales; que para dicho momento, el empleador no debía tenerse como ??la entidad presuntamente pensionante??, para finalizar su argumentación aduce:

Si el Ad Quem (sic) hubiera considerado la disposición legal sustancial antes referida y hubiera valorado el acta de conciliación y el registro civil de defunción para establecer que el causante murió cuando no era trabajador de la empresa demandada y que ésta, mediante conciliación laboral, le entregó el dinero que las partes aceptaron conciliar por los periodos no cotizados, habría concluido que la demandada cumplió lo legalmente previsto, en la medida en que, cuando las partes celebraron la mencionada conciliación, no se había reglamentado la emisión de títulos o bonos ni tampoco cabía aludir a obligación alguna relacionada con una pensión de sobrevivientes, sino con las cotizaciones pendientes al Sistema General de Pensiones (antes IVM) , desde cuando le fue dable a la empresa en el Copey–Cesar realizar tales cotizaciones; hecho éste que, lo reitero, –según lo admite el Tribunal y no se discute–, ocurrió el 17 de Octubre de 1992.

(...)
RÉPLICA

VII.

En la oposición se destaca que la apreciación de las pruebas fue acertada, sin ser contrarias a la razón, la ciencia y la técnica y se acogió una interpretación razonable. Afirma que es incontrovertible que la demandada omitió la afiliación del trabajador al sistema pensional y, con eso ??privó?? a la demandante María Eduviges Orjuela Fernández, de la sustitución pensional a la que tiene derecho en su calidad de compañera sobreviviente de Luis Francisco Martínez Polo.

Anotó las normas que a su juicio regulaban la obligatoriedad de afiliación de los trabajadores para la época y mencionó jurisprudencia de esta Sala que, en su criterio definen el caso.

VIII.

CONSIDERACIONES

Debe comenzar la Sala por recordar, que el error de hecho en materia laboral, se presenta, según el caso, cuando el sentenciador hace decir al medio probatorio algo que ostensiblemente no indica o le niega la evidencia que tiene, o cuando deja de apreciarlo y, por cualquiera de esos medios, da por demostrado un hecho sin estarlo, o no lo da por demostrado estándolo, con incidencia de ese yerro en la ley sustancial que de ese modo resulta infringida, tal como se ha sostenido desde la sentencia CSJ, 11 feb. 1994, rad. 6043.

Además para que se configure, es indispensable que venga acompañado de las razones que lo demuestran y, como lo ha dicho la Corte, que su existencia aparezca notoria, protuberante y manifiesta.

Igualmente, ha de señalarse que son los sentenciadores de instancia quienes establecen el supuesto de hecho al que debe aplicarse la ley y de allí que el artículo 61 CPTSS les haya otorgado la facultad de apreciar libremente las pruebas, lo que implica que resulte inmodificable la valoración probatoria del Tribunal, mientras ella no lo lleve a decidir contra la evidencia de los hechos en la forma como fueron probados en el proceso.

Del examen de las pruebas calificadas en casación que fueron acusadas, no es posible

endilgar al fallador la comisión de un yerro en el ejercicio valorativo del registro de defunción (f.º 15), la carta de renuncia (f.º 44) y el acta de conciliación (fs.º 41 a 43), pues de estas, no se infiere conclusión fáctica distinta al fallecimiento de Luis Francisco Martínez Polo el 26 de octubre de 1994; la terminación del contrato de trabajo el 30 de abril de 1994; y, el acuerdo con el cual el extrabajador y la empresa se declararon a paz y salvo de todas las obligaciones, hechos que en momento alguno fueron ignorados o tergiversados por el juez plural.

Sobre el último documento, se aprecia un acuerdo conciliatorio fechado del 2 de abril de 1994, en el que Luis Francisco Martínez Polo manifestó:

Que el día 30 de abril del año en curso presentó renuncia del cargo que venía desempeñando en PALMERAS DE LA COSTA S.A., desde el 29 de abril de 1981, con un sueldo de \$225.387,00, determinación que tomó en forma libre y voluntaria. Que ha venido conversando con la empresa sobre los derechos que le pueden asistir en cuanto al tiempo trabajado en la misma, para llegar a una suma que compense los mismos.

A continuación, se concedió el uso de la palabra a la representante de la empleadora quien expresó:

La empresa ha aceptado la renuncia del trabajador y con el fin de compensarle cualquier derecho de carácter incierto del cual pueda ser titular, le ha ofrecido la suma de CINCO MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS (\$5.700.000).

En este estado de la diligencia el Inspector exhortó a las partes para que concilien sus diferencias, habiéndose producido un diálogo entre ellas.

Nuevamente en uso de la palabra, la representante del empleador manifestó que ha llegado a un acuerdo con el reclamante sobre el valor de la conciliación, quedando en \$7.149.635,94, con la cual debe quedar bien claro que el trabajador, con posterioridad a esta diligencia no podrá efectuar demanda judicial por ningún concepto, incluyendo derechos por pensión de jubilación, ni fuero sindical, debido a que estos no se configuran, en el primer caso, por no reunir los requisitos legales y en el segundo, por la renuncia.

Seguidamente presentó la liquidación del contrato de trabajo, así:

(...)

Esta liquidación fue aceptada por el trabajador.

Seguidamente (sic) las partes acordaron conciliar todos los derechos inciertos que se encuentran en discusión incluyendo cesantías, intereses sobre las mismas, primas, vacaciones, dominicales festivos, horas extras, descansos compensatorios, indemnizaciones, ya sea por accidentes o por despido, los derechos que pueda invocar para pedir el fuero sindical, su reintegro y lo referente a valores resultantes del denominado bono pensional, que constituyen derechos inciertos.

A su turno, el trabajador manifestó:

Que ha recibido la suma de NUEVE MILLONES DE PESOS (\$9'000.000,00) aceptando los descuentos por \$751.708,94 mediante cheque # 0006046 del Banco Ganadero Oficina el Prado, y declara que la suma de SIETE MILLONES CIENTO CUARENTA Y

NUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 94/100 (\$7149.635,94) la recibe como acuerdo conciliatorio, de sus pretensiones con la cual declara a la sociedad denominada PALMERAS DE LA COSTA S.A., a paz y salvo por todo concepto, tales como cesantías, intereses sobre las mismas, primas legales o extralegales, vacaciones, dominicales, festivos, compensatorios, horas suplementarias, indemnizaciones, ya sea por accidentes o por despido, los derechos que puedan asistirle al bono pensional, por el fuero sindical o el derecho al reintegro, ya que su retiro se debe a renuncia, etc., poniendo fin a todas las controversias o reclamos y desistiendo de toda acción derivada directa o indirectamente del contrato de trabajo celebrado entre las partes.

El inspector interrogó al reclamante sobre si este acuerdo lo hacía en forma libre y espontánea y este contestó en forma expresa, que lo hacía (sic) en pleno uso de sus facultades, en forma libre y voluntaria, exento de todo vicio de consentimiento, proveniente de fuerza, error y dolo.

(fs. 41 - 43)

Frente al punto, el Juzgador consideró que el acuerdo citado no era oponible por versar sobre "objeto ilícito"; de modo que el presunto error que podría significar la valoración del documento en los términos indicados, no posee trascendencia alguna, en el marco del derecho debatido y el alcance de la impugnación. En esos términos, no tiene prosperidad el cargo apoyado en la apreciación del acta de conciliación.

Desde el punto de vista meramente fáctico, el juez de apelaciones no cometió ningún error de hecho con el carácter de protuberante, como quiera que no distorsionó el contenido de las documentales que valoró, ni les hizo decir algo que de su texto no se coligiera.

Por su parte, el alcance de la impugnación subsidiario, que busca la casación de la sentencia para, en sede de instancia, revocar el numeral tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de que el cálculo actuarial cuyo traslado allí se ordena sea solo el correspondiente al periodo comprendido entre el 17 de octubre de 1992 y el 30 de abril de 1994, se encuentra despojado de fundamentación, en la medida en que se trata de los efectos que, acordes con la ley, habrían de derivarse del incumplimiento comprobado del empleador de su deber de afiliación, lo cual involucra un debate estrictamente jurídico incompatible con la vía propuesta en el cargo. Como ampliamente ha sido afirmado por esta Corporación, la vía de los hechos es incompatible con la vía directa y no se trata de una falencia que la Corte pueda entrar a subsanar, so pena de conculcar el debido proceso.

Aún de espaldas a la falencia que soslaya el recurso extraordinario de casación, si la Sala asumiera el estudio de la pretensión formulada en el alcance de la impugnación, se llegaría a la conclusión que bajo los nuevos derroteros, la falta de afiliación del trabajador 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, esa solución, 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 de que son derechos en formación.

Sobre este aspecto, esta Sala de la Corte en providencia CSJ SL4103-2017, expuso:

[...] 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. (negrillas del original)

De conformidad con lo expuesto, 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.

En el caso que se analiza, la sociedad demandada era plenamente consciente de su omisión de la afiliación del trabajador fallecido al Instituto de Seguros Sociales y, a pesar de que a partir del año 1994, la Ley 100 de 1993 le dio instrumentos para solucionar esa situación, hasta antes del 27 de octubre de 1994, 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 exoneración de responsabilidad para el empleador.

En este orden, 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 debe asumir el pago de la pensión, como en efecto decidió el juez plural.

Las anteriores precisiones bastan para concluir que el cargo no prospera.

Dado que se formuló oposición, las costas en casación son a cargo de la empresa recurrente, para lo cual se fija como agencias en derecho la suma de \$7.500.000. Liquidense de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del

Proceso.

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, NO CASA la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2011 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por MARÍA EDUVIGES ORJUELA FERNÁNDEZ contra PALMERAS DE LA COSTA S.A.

Costas como se dijo.

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

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ

2

SCLAJPT-10 V.00



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de diciembre de 2020

