



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN

Magistrada ponente

SL990-2023

Radicación n.º 91834

Acta 15

Bogotá, D. C., nueve (9) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Decide la Corte 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 Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 8 de septiembre de 2020, en el proceso ordinario laboral que instauró **ÓSCAR PINZÓN** contra **WILLIAM HERNÁNDEZ SÁNCHEZ**, la **CONSTRUCTORA BOLÍVAR S. A.** y la sociedad recurrente.

I. ANTECEDENTES

Óscar Pinzón demandó a William Hernández Sánchez, con el fin de que se declare que entre ellos existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de junio al «31 de agosto de 2015», el cual finalizó de manera unilateral y sin

justa causa. También solicitó que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del «16 de octubre de 2015», a cargo de Porvenir S. A.

En consecuencia, pidió condenar a William Hernández Sánchez a pagarle salarios, prestaciones sociales, prima de servicios, vacaciones, cesantías e intereses, la «sanción moratoria» por las sumas adeudadas, los reajustes legales, la indexación y las costas procesales.

Así mismo, deprecó ordenarle a Porvenir S. A. el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en su favor, desde el «16 de octubre de 2015», junto con los intereses moratorios y las costas procesales.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que entre el señor William Hernández Sánchez y él cursó un contrato de trabajo que se desarrolló del 1 de junio al «31 de agosto de 2015»; que desempeñaba el cargo de «*obrero de construcción*» en el proyecto «*ARBOLEDA CAMPESTRE*», obra de la Constructora Bolívar, que cumplía horario de «*lunes a viernes de 7:00 a. m. a 5:00 p. m. con una hora de descanso para almorzar, y sábado medio día: de 7:00 a.m. a 12:00 m*»; que devengaba un salario mensual de \$1.500.000; y que el vínculo laboral finalizó como consecuencia del abandono de la obra por parte del empleador, quien no le canceló los salarios de «*julio y agosto de 2015*», ni las prestaciones sociales.

Arguyó que el empleador realizó cotizaciones a Porvenir S. A. solo por un día del mes de junio, sin registrar «*novedad alguna para no realizar más aportes*»; que Seguros de Vida Alfa le dictaminó una PCL de 31,52%, estructurada el «*16 de octubre de 2015*», decisión que fue impugnada ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, quien mediante dictamen n.º 93286468-505, estableció que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral era de 52,85%; y que contaba con «*56 semanas*» en los tres años anteriores a la estructuración de la enfermedad, por lo que cumplía con los presupuestos para la pensión de invalidez.

Finalmente, dijo que Porvenir S. A. le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez el 5 de octubre de 2016, aduciendo que no tenía el número de semanas requerido, pues tan solo tenía 44,42 en los tres años anteriores.

Al dar respuesta a la demanda (f.º 98), la Constructora Bolívar S. A. se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, afirmó que no le constaban.

Estructuró su defensa señalando la inexistencia de una relación laboral, civil o comercial con el actor; que con la demanda inicial «*no se prueba*» que Óscar Pinzón haya prestado sus servicios en alguna de las obras efectuadas por la Constructora en la ciudad de Ibagué, motivo por el cual, afirmó, que sin la existencia de un «*vínculo jurídico que determine responsabilidad de un tercero ajeno a la relación*

laboral». no hay lugar al reconocimiento y pago de lo pretendido.

Indicó que firmó «*contrato comercial de obra*» con el señor William Hernández Sánchez, según el cual este era libre y autónomo en la celebración de vínculos laborales y de cualquier índole encaminados a obtener el cumplimiento de la labor, sin que la Constructora tuviera «*algún tipo de injerencia en dichas relaciones*». Adicionó que el contratista abandonó las obras para las cuales fue contratado sin justificación alguna; que, ante la inexistencia de relación laboral con el demandante, en caso de ser condenado el contratista demandado, no estaba llamada a responder solidariamente por los pagos alegados.

Adujo que según la jurisprudencia de esta Corte (CSJ SL, 14 sep.2005, rad. 23303, y CSJ SL, 2 jun. 2009 rad.33082) «*para predicar la existencia de solidaridad se requiere que la actividad que presuntamente genera la responsabilidad se constituya en una función normalmente desarrollada por la empresa beneficiaria*»; y que en el asunto no se acreditaban los supuestos del artículo 34 del CST.

En su defensa propuso las excepciones que tituló: «*cobro de lo no debido por ausencia de causa*», «*cobro de lo no debido por inexistencia de la solidaridad*», inexistencia de la relación laboral, prescripción, buena fe y no procedencia de la indemnización del artículo 65 del CST.

Por su parte, el señor William Hernández Sánchez, a través de curador *ad litem*, dio respuesta a la demanda, se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, afirmó que no eran ciertos o no le constaban.

Al efecto, formuló las excepciones que denominó: «*inexistencia de contrato de trabajo entre las partes*», «*carencia absoluta de causa*», «*cobro de lo no debido*», falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, «*enriquecimiento sin justa causa*» y la innominada o genérica.

Porvenir S. A., al contestar y referirse a la demanda introductoria (f.º 170), se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra; frente a los hechos, aceptó que el 5 de octubre de 2016 negó el reconocimiento y pago de la pensión al demandante por no haber cotizado 50 semanas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez; y que el señor Óscar Pinzón tiene un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 52,85%, pero aclaró que el accionante indicó una fecha equivocada respecto de la estructuración de la invalidez, dado que, según el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, corresponde al 6 de mayo de 2016. Frente a los demás supuestos fácticos afirmó que no era ciertos o no le constaban.

Estructuró su defensa afirmando que el demandante no cumple con la densidad de semanas requerida en los tres años anteriores al 6 de mayo de 2016, motivo por el cual no resultaba viable el reconocimiento, liquidación y pago de la

pensión pretendida; por tanto, informó al actor la posibilidad de reclamar la devolución de saldos, conforme a lo reglado en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993.

Mencionó que, atendiendo lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, la aceptación del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad trae consigo la admisión de todas las condiciones previstas en la ley; que al no haber cumplido con los requisitos exigidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, resultaba inviable el reconocimiento pretendido; y que el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima se encontraba en firme por no haber sido objetado por el demandante.

Adicionó que, contrario a lo afirmado por el accionante en el escrito inaugural, sí «*existe reporte de novedad de retiro*», motivo por el cual no procedía la reclamación por mora en el pago de aportes, dado que no habían cotizaciones por cobrar; que se debe propender por el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones; que concurre una relación tripartita entre empleador, aseguradora y administradora, razón por la cual la ausencia de pago por parte de la compañía de seguros ocasiona la imposibilidad del reconocimiento de la pensión por cuenta de la AFP.

En su defensa propuso las excepciones que tituló: buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, afectación del sostenimiento financiero del sistema general de pensiones, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 4 de octubre de 2019, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre **ÓSCAR PINZÓN**, identificado con la cedula de ciudadanía N° 93.286.468, como trabajador y **WILLIAM HERNÁNDEZ SÁNCHEZ**, identificado con la cedula de ciudadanía N° 14.467.893 como empleador, existió un contrato de trabajo verbal y a término indefinido entre el 1° de junio y el 31 de julio de 2015, por las razones que se dejaron expuestas en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **WILLIAM HERNÁNDEZ SÁNCHEZ**, y solidariamente a la sociedad **CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A.**, a pagar a **ÓSCAR PINZÓN**, las siguientes sumas y conceptos: **a)** por salarios, \$3.000.000; **b)** por cesantías, \$250.000; **c)** por intereses a las cesantías, \$5.000; **d)** por prima de servicios, \$250.000; **e)** por vacaciones, \$125.000; **f)** por los aportes a pensión a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., por el periodo declarado en el numeral anterior y en la forma establecida en la parte motiva; **g)** y, a la suma diaria de \$50.000 a partir del 1° de agosto de 2015 y hasta por 24 meses, es decir, hasta el 31 julio de julio de 2017, a partir del mes veinticinco, o sea, a partir del 1° de agosto de 2017, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia, hasta cuando el pago se verifique, por las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión judicial.

TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., a pagar la pensión de invalidez al señor ÓSCAR PINZÓN, en cuantía no inferior al salario mínimo legal mensual, a partir del 06 de mayo de 2016, por 13 mesadas anuales, con el incremento anual de ley que fije el gobierno nacional para este tipo de prestaciones y con la orden de inclusión en nómina de pensionados, que debe pagarse debidamente indexada al momento en que se satisfaga.

Previamente al reconocimiento de la pensión, debe estar acreditado el pago de las cotizaciones por las 8,57 semanas, en la forma y condiciones señaladas en el acápite correspondiente que, una vez acreditado, debe reconocerse, sin dilación alguna.

CUARTO: COSTAS. A cargo de las demandadas. Liquidense por la secretaria. Las agencias en derecho el Despacho las tasa en la suma de \$2.750.000.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante providencia del 8 de septiembre de 2020, al resolver los recursos de apelación interpuestos por Constructora Bolívar S. A. y Porvenir S. A., decidió:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral Segundo de la parte resolutive de la sentencia de 4 de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué, en el proceso ordinario laboral promovido ÓSCAR PINZÓN contra WILLIAM HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, PORVENIR S.A. y CONSTRUCTORA BOLIVAR S.A., en el sentido que la indemnización moratoria impuesta corresponde a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, por el no pago de salarios y prestaciones sociales, desde el 1º de agosto de 2015 y hasta cuando se verifique la cancelación de dichos conceptos.

SEGUNDO: En lo demás, la sentencia de instancia queda incólume.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y a favor del demandante. **FIJAR** como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$877.803.00). Sin costas frente a la Constructora Bolívar S.A.

CUARTO: DEVOLVER Oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

El Tribunal estableció que, para resolver los recursos presentados por las demandadas, era necesario determinar: *«si se dieron los elementos para que exista un contrato de trabajo entre el actor y William Hernández Sánchez. De ser así, si la condena por indemnización moratoria, debe comprender únicamente intereses moratorios. Así mismo, se debe establecer si el demandante cumple con el número de semanas que requiere para tener derecho a la pensión de*

invalidéz y si resulta procedente la condena que se impuso a Porvenir S.A., por costas procesales».

De entrada, advirtió que la tesis de la Sala consistía en confirmar la sentencia de primer grado en cuanto declaró el vínculo laboral, pues las pruebas allegadas demostraban que entre el demandante y William Hernández Sánchez existió un contrato de trabajo. Así mismo, afirmó que el accionante tiene derecho a la pensión de invalidéz por cuanto acreditó la densidad de semanas requerida para tal prestación.

Al efecto, citó los artículos 25, 48 y 53 de la CP y afirmó que el derecho a la seguridad social es irrenunciable; que, en virtud de los mínimos establecidos en dichas disposiciones, el trabajador tiene derecho al pago de las acreencias que se ocasionen con el desarrollo del contrato laboral y, además, había lugar a imponer las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador.

Afirmó que la prestación personal del servicio, la remuneración y los extremos temporales de la relación laboral deben ser probados por el trabajador; y que conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del CST y en la sentencia CSJ SL14850-2014, la subordinación se presume, razón por la cual se invierte la carga de la prueba, por lo que el empleador ostenta la obligación de desvirtuarla.

Luego del estudio del acervo probatorio, indicó que quedó demostrada la prestación del servicio por parte del demandante en favor de William Hernández Sánchez, como

oficial de construcción; por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 del CST, tenía que el vínculo era de carácter laboral, *«sin que exista prueba que desvirtué dicha presunción»*. Precisó que se evidenciaba que el actor estuvo subordinado, pues cumplía horario y recibía órdenes de la persona que lo contrató.

Con relación a la indemnización moratoria, adujo que le asistía razón al recurrente y que en ese sentido la condena correspondía al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superfinanciera, desde el 1 de agosto de 2015, día siguiente a la finalización del vínculo y hasta cuando se efectuó el pago de los salarios y prestaciones sociales que se impusieron en primera instancia.

En cuanto a la pensión de invalidez afirmó que el demandante cumple los requisitos señalados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 1 de la Ley 860 de 2003; pues, con relación al número de semanas, cotizó 44,42 semanas directamente a Porvenir S. A., correspondientes al lapso comprendido entre el 6 de mayo de 2013 y el 6 de mayo de 2016, tal como lo aceptó la misma entidad accionada al contestar la demanda y se evidenciaba en el reporte (f.º 9). Pero que debían sumarse *«8,5 semanas que corresponden al periodo del 1º de junio a 31 de julio de 2015, que el demandante laboró para William Hernández Sánchez, independientemente de que no hubiera existido afiliación al sistema y, por consiguiente, pago de aportes al sistema»*, pues el accionante ostentó la calidad de trabajador

dependiente.

Agregó que tales omisiones no eran atribuibles al actor, sino que recaen en el patrono, quién es el responsable del pago de las cotizaciones, por lo que fue condenado a efectuar el pago del «*cálculo actuarial*» de dichos aportes a Porvenir S. A., «*tal como se desprende de la sentencia que se revisa*».

Por tanto, se daban los requisitos anunciados por los literales d) y e) del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para incluir dicho periodo en el número de semanas requerido para la pensión de invalidez.

Concluyó que el actor acreditaba, en el trienio referido, un total de 52,99 semanas, densidad que resultaba superior a las exigidas en la norma, para lo que dijo «*ver sentencias Corte Constitucional SU 226 de 2019 y SL CSJ SL 3133 de 2019*», por lo que confirmaba la decisión del Juzgado en tal aspecto.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la sociedad recurrente que se case parcialmente la sentencia fustigada, para que, en sede de

instancia, se revoquen los numerales 3 y 4 de la sentencia del Juzgado y, en consecuencia, se absuelva a Porvenir S. A. de las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito formula un cargo por la causal primera de casación, frente al cual la Constructora Bolívar S. A. presenta un escrito señalando que no se opone a las resultas del recurso extraordinario.

VI. CARGO ÚNICO

Por la vía directa acusa *«la infracción directa del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en relación con los artículos 15 y 17 modificado por los artículos 3 y 4 Ley 797 de 2003, 22, 69, 70, 72 y 133 Ley 100 de 1993, artículos 48 Constitucional y 27 del Código Civil»*.

Aduce que no discute los supuestos fácticos, esto es, que la relación laboral del demandante con el señor William Hernández Sánchez se desarrolló entre el 1 de junio y el 31 de julio de 2015, lapso en el que no le pagaron salarios, prestaciones sociales ni aportes en pensiones; que tiene una PCL de 52,85%, estructurada el 6 de mayo de 2016, día para el cual, el demandante había cotizado 44,42 semanas.

Dice que desde el plano eminentemente jurídico lo que discute es que a pesar de que el sentenciador dio por acreditados los anteriores supuestos fácticos, con los cuales probó que *«el demandante no tenía cotizadas el mínimo de las*

50 semanas exigidas por el artículo 39 Ley 100 de 1993, modificado por el 1º de la Ley 860 de 2003, resolvió confirmar la condena a reconocer y pagar la pensión de invalidez a cargo de mi representada».

Expone que tal como lo afirmó el demandante en los alegatos de conclusión de segunda instancia, este solicitó la confirmación de la decisión del Juzgado, aduciendo que «*su ex empleador solo realizó aportes por un día de salario del mes de junio, sin que se conozca reporte de novedad alguna para no haber efectuado más aportes o no haberse reclamado por parte de la administradora del régimen al cual está afiliado*». Así mismo, dice que en sus «*alegatos*» pidió la revocatoria de la condena en su contra por cuanto «*se registró novedad de afiliación y retiro por un día de cotización, por lo que no tuvo la obligación de cobro por tal concepto*»; por tanto, el accionante solo acreditó 44,42 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Afirma que el Tribunal se equivocó al determinar que era necesario adicionar 8,5 semanas, correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de junio y el 31 de julio de 2015, lapso que duró la relación laboral del demandante con el señor William Hernández, «*independientemente de que no hubiera existido afiliación al sistema y, por consiguiente, pago de aportes al sistema*», pues el accionante ostentó la calidad de trabajador dependiente.

Al efecto, cita los artículos 15, 17 y 22 de la Ley 100 de 1993, en los que se establece que son afiliados obligatorios

todas los vinculados mediante contrato de trabajo; que a los empleadores le incumbe pagar las cotizaciones durante la vigencia de la relación laboral; y que ese deber lo constituye en responsable del pago de los aportes de sus trabajadores.

Que, si el sentenciador hubiera tenido en cuenta el contenido de tales disposiciones, no habría concluido *«subsano ese error o deficiencia del empleador al imponerle como carga el pago del tiempo trabajado»*, y una vez pagadas tales cotizaciones de manera extemporánea, la administradora deba asumir el pago de la prestación, cuando *«no tenía registrado al demandante como cotizante activo en razón que el ahora ex empleador, hizo caso omiso a sus obligaciones laborales»*.

Arguye que el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 dispone de manera general, que en caso de omisión del empleador, aquel debe asumir las cargas, sin ser posible trasladarlas al sistema de pensiones; que la norma aplicable al caso es el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, de la que se infiere que el demandante no acredita la densidad de semanas allí establecida; y que la financiación del RAIS es diferente a la del RPM, motivo por el cual, el Tribunal se equivocó al ordenar el pago extemporáneo de los aportes de quien no se encontraba afiliado.

Con relación a la infracción de los artículos 39, 69, 70 y 72 de la Ley 100 de 1993 y 1 de la Ley 860 de 2003, dice que fueron infringidas con la aplicación de los precedentes jurisprudenciales citados por juez de segundo grado; que

según el artículo 48 de la CP, adicionado por el Acto legislativo 01 de 2005, la sostenibilidad financiera es un principio de la seguridad social; que el sistema pensional pelagra cuando no se obtienen los suficientes recursos para la financiación de las prestaciones y a pesar de ello, por vía judicial se otorgan por fuera de lo establecido en las normas vigentes; y que la preservación del mismo supera las necesidades individuales, pues de no ser así, se transgrede el artículo 4 de la CP.

Finaliza aduciendo que el sentenciador no podía ordenar el reconocimiento de una prestación con fundamento en disposiciones que no han sido acatadas, *«basado simplemente en que la AFP debe pagar una pensión sin cumplir requisitos»*.

VII. RÉPLICA

La Constructora Bolívar S. A. manifestó que, conforme al alcance de la impugnación, no se oponía a la prosperidad del recurso extraordinario pues en nada la afectaba. Agregó expresamente que *«este pronunciamiento no puede ser entendido como una oposición directa a la demanda de casación presentada»*.

VIII. CONSIDERACIONES

De cara a los planteamientos jurídicos de la censura, los cuales están relacionados única y exclusivamente con el reconocimiento de la pensión de invalidez al accionante, el

Tribunal fundamentó su decisión, esencialmente, en que aquel cumple con la densidad de semanas prevista en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 1 de la Ley 860 de 2003, toda vez que cotizó 44,42 semanas directamente a Porvenir S. A., durante el lapso comprendido entre el 6 de mayo de 2013 y el 6 de mayo de 2016; cantidad a la que debían sumarse «8,5 semanas que corresponden al periodo del 1º de junio a 31 de julio de 2015, que el demandante laboró para William Hernández Sánchez, independientemente de que no hubiera existido afiliación al sistema y, por consiguiente, pago de aportes», con las cuales acreditaba un total de 52,99 semanas, densidad que resultaba superior a las 50 exigidas en la norma. Agregó que el empleador debe cancelar el cálculo actuarial a Porvenir S. A. por ese tiempo, tal como lo dispuso el sentenciador de primer grado. (subrayado de la Sala).

Por su parte, la sociedad recurrente aduce que el actor no cumple con el número de semanas previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 1 de la Ley 860 de 2003, pues tan solo acreditó 44,42 cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, dado que el Tribunal se equivocó al determinar que se debían adicionar las 8,5 correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de junio y el 31 de julio de 2015, lapso en el que duró la relación laboral del demandante con el señor William Hernández, «*independientemente de que no hubiera existido afiliación al sistema y, por consiguiente, pago de aportes*».

Arguye que a los empleadores les corresponde sufragar

las cotizaciones durante la vigencia de la relación laboral y, por tanto, no se podía subsanar tal omisión con imponerle a William Hernández el pago del cálculo sobre los aportes dejados de cancelar en el tiempo trabajado, para que una vez cubierta dicha obligación, Porvenir S. A. asuma el desembolso de la pensión, como quiera que *«no tenía registrado al demandante como cotizante activo en razón que el ahora ex empleador, hizo caso omiso a sus obligaciones laborales»*.

Agrega que, en caso de omisión por parte del empleador, es este último quién debe asumir las cargas respectivas, sin ser posible trasladarlas al sistema, máxime que con la decisión se estaría otorgando una prestación por fuera de lo establecido en las normas.

Así las cosas, le corresponde a la Sala determinar si el Tribunal se equivocó al considerar que debían sumarse las 8,5 semanas que corresponden al periodo del 1 de junio a 31 de julio de 2015, lapso en el que el demandante laboró para William Hernández Sánchez, mediante el pago de un cálculo actuarial, *«independientemente de que no hubiera existido afiliación al sistema»*, y con las cuales acreditaba un total de 52,99 semanas, densidad suficiente para el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen común deprecada en el presente asunto.

Dada la senda directa por la que se orienta la acusación, se tienen por indiscutidos los siguientes supuestos fácticos que encontró acreditados el sentenciador de segundo grado:

i) Óscar Pinzón laboró para William Hernández Sánchez entre el 1 de junio y el 31 de julio de 2015; *ii)* según dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, el actor tiene una PCL de 52,85%, estructurada el 6 de mayo de 2016; *iii)* durante los tres años anteriores a la consolidación del estado de invalidez, el accionante cotizó a Porvenir S. A. 44,42 semanas, en las que no están incluidas las que corresponden al tiempo en que el actor laboró para el señor Hernández.

Al efecto, respecto del pago del cálculo actuarial, es importante recordar que la línea de pensamiento de esta corporación ha señalado de manera pacífica que la convalidación de los tiempos dejados de cotizar por esa falta de afiliación al sistema pensional o de haber generado la novedad de ingreso, mediante un cálculo actuarial o el pago de los aportes con intereses en mora, 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, como quiera que aquellas no se fundamentan en el hecho de la acumulación de un capital suficiente para financiar una pensión (RAIS) o contar con una densidad mínima de semanas (RPM), sino en el aseguramiento del riesgo. En términos sencillos, luce evidente que el sentenciador de segundo grado se equivocó al considerar procedente el pago del cálculo actuarial para la pensión de invalidez solicitada, pues el mismo solo es viable para la de vejez.

En otras palabras, de no existir afiliación, el eventual pago del cálculo actuarial por parte del empleador William Hernández, sería computable para efectos de la pensión de vejez, mas no para el cubrimiento de la pensión de invalidez, dado que el pago se haría con posterioridad a la materialización del riesgo, sin que previamente se hubiese generado el acto jurídico del ingreso al sistema como trabajador subordinado.

Así lo indicó esta Corte en las sentencias CSJ SL4103-2017, CSJ SL3512-2018 y CSJ SL4318-2020. En esta última dice:

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 sí 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).

Además, cabe destacar que la jurisprudencia de esta corporación ha determinado, «*ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones*», que el empleador estaría obligado a cancelar el pago del cálculo actuarial a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social, para que esos periodos laborados puedan ser computados como tiempos efectivamente cotizados ante las administradoras del sistema de seguridad social (CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ

SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015).

Sin embargo, se reitera, la orientación jurisprudencial relacionada con el cálculo actuarial solamente está dirigida a las pensiones de jubilación y de vejez, conforme a las normas y principios de la Ley 100 de 1993, pues al tratarse de derechos en formación, es posible aplicar de manera retrospectiva el pago de las obligaciones que tuvo a su cargo el empleador frente a su trabajador; situación que no se puede predicar sobre las pensiones de invalidez o sobrevivientes, ya que éstas tienen características particulares y diferentes a las que guían la prestación de vejez, dado que se originan en una fecha cierta de causación atada a la realización efectiva del riesgo que cubren y 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, que sí son propias del riesgo de vejez, como se dijo en la sentencia CSJ SL4698-2020, la cual fue citada en la providencia transcrita en precedencia.

En consecuencia, luce evidente el desacierto jurídico del sentenciador de segundo grado al confirmar la decisión del Juzgado en cuanto impuso el reconocimiento y pago del *cálculo actuarial*, correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de junio y el 31 de julio de 2015, a pesar de que en el presente caso se deprecia una pensión de invalidez. Esta equivocación fue la que lo llevó a considerar su procedencia, *«independientemente de que no hubiera existido afiliación al sistema y, por consiguiente, pago de aportes al sistema»*.

Por lo visto, el cargo prospera solo en cuanto el juez plural confirmó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a cargo de Porvenir S. A.

No obstante lo anterior, y como en el trámite procesal se aludió a que hubo el pago de un día de aporte por parte del empleador en comento, a efecto de esclarecer si se está ante una mora o ante la falta de afiliación, para mejor proveer, de conformidad con lo previsto en el artículo 283 del Código General del Proceso, se ordenará a Porvenir S. A. que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, allegue con destino a este expediente los documentos o pruebas que acrediten si el empleador William Hernández Sánchez inscribió al demandante, si canceló algún día de aportes y si reportó a esa AFP la novedad de retiro del señor Óscar Pinzón, identificado con cédula de ciudadanía n.º 93.286.468 de Líbano – Tolima, de todo lo cual enviará todos los soportes.

Así mismo, se ordenará oficiar al empleador William Hernández Sánchez, para que en el término de diez (10) días contados a partir del recibo de la comunicación respectiva, allegue cualquier soporte o documento que tenga con relación a la afiliación o inscripción y pago de cotizaciones a favor del señor Óscar Pinzón, identificado con cédula de ciudadanía n.º 93.286.468 del Líbano – Tolima.

Recibida dicha información, por la secretaría de la Sala córrase traslado a las partes por el término legal, a efectos de que sea conocida y pueda ser controvertida.

Sin costas en casación dada la prosperidad de la acusación.

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 Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 8 de septiembre de 2020, en el proceso ordinario laboral que instauró **ÓSCAR PINZÓN** contra **WILLIAM HERNÁNDEZ SÁNCHEZ**, la **CONSTRUCTORA BOLÍVAR S. A.** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.**, solo en cuanto confirmó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. No se casa en lo demás.

Para mejor proveer en sede de instancia se dispone que:

De conformidad con lo previsto en el artículo 283 del Código General del Proceso, se ordena a Porvenir S. A. que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, allegue con destino a este expediente los documentos o pruebas que acrediten si el empleador William Hernández Sánchez inscribió al demandante, si canceló algún día de aportes y si reportó a esa AFP la novedad de retiro del señor Óscar Pinzón, identificado con cédula de ciudadanía n.º 93.286.468 del Líbano – Tolima.

Así mismo, se ordena oficiar al empleador William Hernández Sánchez, para que en el término de diez (10) días contados a partir del recibo de la comunicación respectiva, allegue cualquier soporte o documento que tenga con relación a la afiliación o inscripción y pago de cotizaciones en favor del señor Óscar Pinzón, identificado con cédula de ciudadanía n.º 93.286.468 del Líbano – Tolima.

Recibida dicha información por la secretaría de la Sala, córrase traslado a las partes por el término legal de tres (3) días a efectos de que sea conocida y pueda ser controvertida, vencido el cual, pasará al despacho para emitir la sentencia de instancia que corresponda.

Sin costas en casación.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.



MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO



DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA



OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN