



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

SL4698-2020

Radicación n.º 86013

Acta 44

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso **GABRIEL DE JESÚS VILLADA CASTAÑEDA** contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín profirió el 29 de mayo de 2019, en el proceso que adelanta contra **INVERSIONES SANTA BÁRBARA DEL POBLANCO S.A.** y el **FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Con la demanda inicial, el actor pretendió que se condene a Inversiones Santa Bárbara del Poblancó S.A. a pagar la pensión de invalidez de origen común a partir del 6 de mayo de 2009, así como las mesadas ordinarias y adicionales adeudadas, la indexación de las condenas, los

intereses moratorios y las costas del proceso. En subsidio, solicitó que se declare que el reconocimiento de tal derecho pensional está a cargo de Protección S.A.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que laboró para Inversiones Santa Bárbara del Poblano S.A. mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1.º de octubre de 2003; que el «3 de diciembre de 2003» su empleador lo afilió al sistema de seguridad social, únicamente en salud; que durante el desarrollo de la actividad «se enfermó de miembro inferior derecho» que lo incapacitó durante varios periodos; que el 15 de marzo de 2011, la empresa convocada a juicio le dio por terminado unilateralmente el vínculo laboral; que el 19 de junio de la misma calenda lo afilió al sistema en pensiones a través de Protección S.A.; que el 20 de marzo de 2015 la IPS SURA le determinó una pérdida de capacidad laboral del 55.09%, de origen común con fecha de estructuración 6 de mayo de 2009 (f.º 116 a 118); que el 24 de abril de 2015 reclamó la prestación ante la AFP accionada, la cual fue negada porque en toda su vida laboral cotizó «40.86» semanas, «de las cuales tan solo 1.62 se sufragaron en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez» (f.º 2 a 6).

Al dar respuesta a la demanda, Inversiones Santa Bárbara del Poblano S.A. se opuso a las pretensiones. De sus hechos, admitió la fecha de inicio del contrato de trabajo, pero aclaró que para dicha data el actor contaba con «68» años de edad.

En su defensa, señaló que, en los términos de los artículos 2.º del Acuerdo 049 de 1990 y 61 de la Ley 100 de 1993, no era posible afiliar al accionante porque cuando ingresó a laborar tenía más de «60» años de edad. Formuló como excepción previa la indebida acumulación de pretensiones, y de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y dirigirse la demanda contra persona diferente de la obligada (f.º 65 a 82).

Por su parte, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. también se resistió al éxito de las súplicas propuestas en el escrito inicial y, de los supuestos fácticos, aceptó los relativos a la suscripción del contrato de trabajo, el extremo inicial del mismo, la fecha de afiliación al sistema general de seguridad social en salud y pensiones, la pérdida de capacidad laboral, la data de estructuración de la invalidez, la reclamación administrativa y su respuesta negativa.

En sustento, adujo que la explicación de orden jurídico en que Inversiones Santa Bárbara del Poblano S.A. soportó el incumplimiento del deber legal de afiliación al sistema general de pensiones no corresponde a la realidad, en la medida que las personas mayores de 60 años no están excluidas de tal derecho, pues, en el caso de los afiliados al régimen de ahorro individual, lo único que establece el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 *«es un simple condicionamiento respecto al número de semanas que se deben cotizar para tener derecho a determinadas prestaciones»*, tan es así que la vinculación se dio con

responsabilidad a cargo del empleador, lo que se acredita con el historial de Asofondos y, en ese sentido, cualquier obligación en favor del demandante es de su responsabilidad.

Resaltó que lo que ocurrió en el *sub lite* es que, por una errada apreciación de orden jurídico o por alguna otra causa desconocida para la AFP, la compañía convocada incumplió el deber de afiliar al trabajador a la seguridad social en pensiones; luego, no puede aducirse mora en el pago de aportes, porque de lo que se trata es de una omisión en la vinculación que se efectuó tardíamente el «20 de junio de 2011 [sic]», esto es, de manera posterior a la estructuración de la invalidez del actor -6 de mayo de 2009-. Como excepciones de fondo propuso las de falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación y prescripción (f.º 94 a 112).

El 25 de abril de 2017, y en atención a la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones que formuló Inversiones Santa Bárbara del Poblano S.A., el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín aceptó el desistimiento que el accionante presentó respecto de la petición de indexación de las condenas, dada su incompatibilidad con los intereses moratorios. En consecuencia, dicha autoridad judicial declaró no probado dicho medio exceptivo. Decisión contra la cual ninguna de las partes interpuso recurso (f.º 131).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de sentencia de 31 de octubre de 2017, el

juzgado de conocimiento resolvió (f.º 140 y 141 c. n.º 2):

PRIMERO: SE DECLARA que al señor GABRIEL DE JESÚS VILLADA CASTAÑEDA (...), le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 26 de agosto de 2012, por parte de la sociedad INVERSIONES SANTA BÁRBARA DEL POBLANCO S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SE CONDENA a la sociedad INVERSIONES SANTA BÁRBARA DEL POBLANCO S.A., a pagar al señor GABRIEL DE JESÚS VILLADA CASTAÑEDA, la suma de \$46.593.107 por concepto de retroactivo pensional adeudado en el periodo comprendido entre el 26 de agosto de 2012 y el 31 de octubre de 2017; a partir del 1º de noviembre de 2017, la sociedad seguirá reconociendo al demandante una mesada pensional equivalente al salario mínimo legal vigente para cada anualidad, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, sin perjuicio de los descuentos que por salud deba realizar con destino a la EPS a la cual se encuentre afiliado (...).

TERCERO: SE CONDENA a la sociedad INVERSIONES SANTA BÁRBARA DEL POBLANCO S.A. a pagar al señor GABRIEL DE JESÚS VILLADA CASTAÑEDA, la indexación sobre cada una de las mesadas pensionales antes condenadas, desde que se hizo exigible cada una de ellas, y hasta que sean efectivamente pagadas (...).

CUARTO: SE ABSUELVE a la sociedad INVERSIONES SANTA BÁRBARA DEL POBLANCO S.A. de la pretensión de intereses moratorios, y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de los pedimentos incoados en su contra por el actor (...).

QUINTO: Se DECLARA PROBADAS las excepciones de FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, e INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, en relación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y parcialmente los de PRESCRIPCIÓN e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN en relación a INVERSIONES SANTA BÁRBARA [DEL] POBLANCO S.A., según lo visto en las consideraciones.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandante y a favor de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. por haber resultado vencido en juicio (...).

III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación que interpusieron el demandante e Inversiones Santa Bárbara del Poblano S.A., la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín dispuso (f.º 207):

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 31 de octubre de 2017 proferida por el JUZGADO 1 LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en cuanto CONDENÓ a la sociedad INVERSIONES SANTA BÁRBARA DEL POBLANO S.A. al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez de origen común en forma retroactiva e indexada a favor del señor GABRIEL DE JESÚS VILLADA CASTAÑEDA a partir del 26 de agosto de 2012, para en su lugar, DECLARAR probada la excepción de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” propuesta por dicha codemandada, a quien se ABSUELVE de todas las pretensiones y cargos formulados en su contra, según lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación de origen y fecha conocidos.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, las de primera instancia estarán a cargo del señor GABRIEL DE JESÚS VILLADA CASTAÑEDA, y en favor de ambas codemandadas, debiendo ser reliquidadas las agencias en derecho en primera instancia (...).

En lo que interesa a los fines del recurso extraordinario, el *ad quem* señaló como hechos probados e indiscutidos los siguientes: (i) que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1.º de octubre de 2003, el cual finalizó el 15 de marzo de 2011 por renuncia voluntaria del trabajador; (ii) que el actor fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 55.09% de origen común y fecha de estructuración 6 de mayo de 2009; (iii) que fue afiliado al sistema general en pensiones el 19 de junio de 2011, y (iv) que la AFP negó la prestación con fundamento en

el incumplimiento de la densidad mínima de cotizaciones.

A continuación, delimitó como problemas jurídicos a dilucidar si al accionante le asiste derecho a la pensión de invalidez de origen común a cargo de su ex empleador y, en caso afirmativo, a partir de qué data, teniendo en cuenta la excepción de prescripción propuesta, así como la procedencia de la indexación del retroactivo pensional.

Después de citar lo previsto en los artículos 13 y 17 de la Ley 100 de 1993 que regulan la afiliación obligatoria al sistema general de pensiones y el deber de efectuar las cotizaciones durante la vigencia de la relación laboral o de prestación de servicios, el Colegiado de instancia indicó que es la misma ley la que establece los eventos en los que una persona se encuentra excluida del sistema, tanto en el régimen de prima media con prestación definida, como en el de ahorro individual con solidaridad.

Frente al primero, acotó que está regulado en el artículo 2.º del Decreto 758 de 1990, según el cual están excluidos del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte los trabajadores dependientes que tengan 60 o más años de edad al inscribirse por primera vez en el régimen de los seguros sociales y las personas que se hayan pensionado en el régimen de seguros sociales obligatorios o hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o invalidez por riesgo común, salvo este último caso, que la invalidez hubiese cesado o desaparecido «*en virtud de los*

programas de readaptación y rehabilitación por parte del instituto».

Advirtió que tal normativa está vigente en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, en tanto la ley de seguridad social no reguló expresamente cuáles personas se encuentran excluidas del sistema general de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida.

Y en cuanto al segundo, manifestó que el asunto está regulado en el artículo 61 *ibidem* que establece como personas excluidas del régimen de ahorro individual con solidaridad a los pensionados por invalidez por el ISS o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público y las que al entrar en vigencia el sistema tuvieran 55 años o más de edad si son hombres o 50 años o más si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos 500 semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes. Disposición que, aclaró, la Corte Constitucional declaró exequible en sentencia C- 674 de 2001.

Así, avaló el fundamento en que el empleador se amparó al considerar que no estaba obligado a realizar cotizaciones en favor del actor por estar excluido del sistema conforme al literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, como quiera que contaba con más de 55 años de edad a la entrada en vigencia de dicha normativa y más de 60 años al inicio de la

relación laboral. Luego, concluyó que no era dable condenarlo al reconocimiento de la prestación deprecada.

Adujo que los deberes que se trasladan al empleador solo proceden por omisión legal según lo establece el artículo 133 *ibidem*, situación que no es la que acontece en el *sub examine*, pues el promotor del litigio no era un afiliado obligatorio al sistema general de pensiones y, en consecuencia, no se predica mora o incumplimiento alguno de la sociedad convocada.

Finalmente, resaltó que en este asunto no es aplicable la jurisprudencia que trajo a colación el *a quo* -CSJ SL, 5 nov. 2014, rad. 52395-, dado que lo que allí se discutió fue el caso de un trabajador que registró mora en el pago de aportes pensionales por parte de uno de sus empleadores, pero que ya estaba afiliado previamente al sistema general, mientras que en este proceso el demandante estaba excluido.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso extraordinario de casación lo interpuso el accionante, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia impugnada en cuanto revocó la del *a quo* para que, en sede de instancia, condene a las demandadas a reconocer y pagar

la pensión de invalidez, junto con el retroactivo y los intereses de mora.

Con tal propósito, formula tres cargos por la causal primera de casación, que fueron objeto de réplica por parte de las accionadas.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea los artículos *«61 literal b) de la ley [sic] 100/1993, quebrantos normativos como consecuencia de los cuales se produjo la infracción directa de los [sic] artículos [sic] 69 de la ley [sic] 100 de 1993»*.

Refiere que, con fundamento en una hermenéutica exegética de la primera norma enunciada, el Tribunal concluyó que el demandante no tenía derecho al pago de la prestación pretendida dado que estaba excluido del régimen de ahorro individual por cuanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 55 años, lo cual, en su criterio, corresponde a una interpretación descontextualizada e inconstitucional, en la medida que aquel no es el auténtico sentido de la preceptiva, pues tal exclusión la ejerce la administradora de pensiones al momento de la afiliación. Por tanto, si esta guarda silencio, el afiliado tiene derecho a todas las prestaciones del sistema y que, de igual modo, acontece cuando este se vincula de manera voluntaria.

Frente a los alcances de la disposición en mención trae a colación las sentencias CSJ SL17421-2017 y CSJ SL5470-2018.

Resalta que el entendimiento de la normativa acusada debe armonizar con lo preceptuado en el artículo 48 de la Constitución Política, en tanto la seguridad social es un servicio obligatorio que goza de la garantía de irrenunciable, máxime que *«se trata de una persona inválida y de la tercera edad que lo hace sujeto de especial protección»*. En apoyo, cita apartes de la providencia CC T084-2006.

Aduce que el hecho que el accionante se hubiere afiliado sin que la AFP demandada y su empleador realizaran reparo alguno, implica que tiene derecho a la pensión de invalidez. Igualmente, afirma que no le corresponde asumir las consecuencias de dicha omisión, pues no puede desconocerse la obligación que tenía la sociedad convocada de cotizar desde el *«1.º de octubre de 2003 hasta el 19 de junio de 2011»*, en tanto tenía la calidad de afiliado obligatorio.

VII. RÉPLICA DE PROTECCIÓN S.A.

Señala que son hechos indiscutidos en el proceso: (i) que el actor laboró para la empresa accionada desde el 1.º de octubre de 2003 hasta el 15 de marzo de 2011 (f. 16 a 18), (ii) que fue afiliado por primera vez al sistema de seguridad social en pensiones el 19 de junio de 2011 (f.º19), como consta en la certificación que expidió la AFP, y tal como el demandante lo confesó en el hecho 5.º del escrito inicial, y

(iii) que el 20 de marzo de 2015, Servicios de Salud Suramericana S.A. calificó al promotor del juicio con una pérdida de capacidad laboral del 55.09%, con fecha de estructuración 6 de mayo de 2009 (f.º 115 a 118).

Sostiene que para la data en que se consolidó tal condición, el accionante no estaba afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, pues como quedó demostrado *«el vínculo laboral surgió en junio de 2011 (sic) y se hizo efectivo a partir de agosto del mismo año (sic)»*. Por ello, la administradora no está obligada a reconocer la pensión pretendida fundada en un siniestro cuya ocurrencia aconteció 2 años previos a la afiliación.

Agrega que, pese a que el contrato de trabajo culminó el 15 de marzo de 2015, la empresa lo inscribió tres meses después a Protección como su dependiente, cuando contaba con *«76 años de edad»* y, por tanto, al tenor de lo dispuesto en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, estaba excluido del régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que no existe prueba que acredite que aquel quería cotizar 500 semanas para eximirse de tal restricción.

Resalta que la jurisprudencia que trae a colación la censura parte de situaciones fácticas diferentes a las que aquí se discuten, pues estas aplican para los eventos en que, ante la imposibilidad de cotizar, el afiliado opta por la devolución de saldos.

Aduce que, aun si en gracia de discusión esta Sala

aceptara que su afiliación al sistema fue válida, no tendría derecho a la prestación solicitada, en la medida que la estructuración de la invalidez acaeció de manera anterior a su afiliación, de suerte que la AFP no es la responsable.

VIII. RÉPLICA DE INVERSIONES SANTA BÁRBARA DEL POBLANCO S.A.

Señala que la demanda de casación adolece de la técnica exigida puesto que el alcance de la impugnación es incompleto, pues no le indica a la Corte lo que pretende en sede de instancia, esto es, si confirmar, modificar o revocar la decisión del *a quo*.

Asevera que la proposición jurídica es inconclusa, dado que solo acusa la interpretación errónea del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, pese a que el censor refiere que dicha intelección significó la no aplicación de la Constitución Política, sin citar específicamente cuáles normas superiores fueron transgredidas.

IX. CONSIDERACIONES

En sede casacional no son objeto de discusión las siguientes premisas fácticas, que: (i) el accionante laboró para Inversiones Santa Bárbara del Poblano S.A. del 1.º de octubre de 2003 al 15 de marzo de 2011 (f.º 16 a 18); (ii) fue afiliado a Protección S.A. por parte de su ex empleador el 19 de junio de 2011 y desde dicha data hasta el 10 de abril de 2012 cotizó 40.86 semanas (f.º 20 a 23 y 148 a 149) y (iii) fue

calificado con pérdida de capacidad laboral del 55.09%, de origen común con fecha de estructuración 6 de mayo de 2009 (f.º 116 a 118).

Para dar respuesta a la opositora en la réplica, se advierte, en primer lugar, que el alcance de la impugnación está bien formulado toda vez que lo que pretende el recurrente es que, una vez casada la decisión de segundo grado, en sede de instancia, se confirme la del *a quo* que accedió a las pretensiones elevadas en el escrito inicial.

Ahora, para la Sala la proposición jurídica está válidamente integrada, pues como se ha determinado es suficiente con que la censura cite cualquier precepto sustantivo que constituyendo base esencial del fallo o habiendo debido serlo, a juicio del impugnante, haya sido quebrantado, sin que sea necesario integrarla de manera completa, tal como acontece en el *sub lite*.

Superado lo anterior, a la Corte le corresponde dilucidar si el Tribunal erró en la interpretación del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, en tanto consideró que la afiliación de un trabajador al sistema de seguridad social que cuenta con más de 55 años de edad no es obligatoria y, con fundamento en ello, concluyó que el actor no tenía derecho a la prestación pretendida a cargo del empleador.

Para tal fin, previa transcripción del texto cuya errónea interpretación se acusa, la Sala se referirá al alcance de la disposición a partir de los siguientes *ítems*: (1) exclusiones en

los regímenes pensionales, (2) interpretación de la disposición aplicable, (3) declaratoria de exequibilidad del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, (4) importancia de la adecuada hermenéutica del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, y (5) caso concreto.

TEXTO NORMATIVO ACUSADO Y ALCANCE

El literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 establece:

Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:

(...)

b. Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.

1. EXCLUSIONES EN LOS RÉGIMENES PENSIONALES

El Tribunal trajo a colación dos preceptos que regulan lo concerniente a la exclusión de las personas que tengan 55 o 50 años o más de edad, según sea el caso, esto es, el artículo 2.º del Decreto 758 de 1990 y el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993.

Frente al primero, basta con referir que a más de que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y la estructuración de la invalidez del demandante se

configuraron en los años 2011 y 2009, respectivamente, su situación se regula íntegramente al amparo de las normas de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, como quiera que tal como lo explicó esta Sala en sentencia CSJ SL2991-2020, aunque el inciso 2.º del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 permite la aplicación de algunos reglamentos del ISS, estos solo proceden en la medida: (i) que no sean contrarios a los postulados que aquella consagra, con las adiciones, modificaciones y excepciones que contempla; (ii) que se encuentren vigentes por no haber sido derogados o subrogados por la antedicha ley o por disposiciones posteriores y, (iii) *que el potencial beneficiario hubiese estado afiliado al seguro social obligatorio con anterioridad al 1.º de abril de 1994.*

En efecto, conforme a las reglas de aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio, las situaciones que se configuren con posterioridad a la entrada en vigor de la ley de seguridad social quedan reguladas por sus contenidos. Entonces, como el accionante se afilió al RAIS con posterioridad al 1.º de abril de 1994, el estudio de la primera de las disposiciones reseñadas resulta inane para el caso.

Así pues, se tiene que es bajo el segundo precepto - literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993- que debe analizarse el asunto. En tal sentido, es pertinente recordar que el *ad quem* consideró que el empleador no estaba obligado a efectuar aportes pensionales en favor del demandante por estar excluido del sistema, como quiera que

contaba con más de 55 años de edad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones y más de 60 años al inicio de la relación laboral. Por tanto, concluyó que no era dable condenar a Santa Bárbara del Poblano S.A. al reconocimiento de la prestación, pues las obligaciones que se trasladan al empleador solo proceden por la omisión de sus deberes legales conforme lo dispone el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

Pues bien, para la Corte tal argumentación es errada por las razones que se explican a continuación.

2. INTERPRETACIÓN DE LA DISPOSICIÓN APLICABLE

Es de recordar que antes de la Ley 100 de 1993 solo existía el régimen de prima media, y fue a partir de su entrada en vigencia que se modificaron las condiciones para adquirir las prestaciones de vejez, invalidez y muerte, razón por la que el legislador consideró conveniente establecer algunas disposiciones de transición con el fin de permitir que el nuevo régimen pensional de ahorro individual con solidaridad entrara a funcionar sin traumatismos y, además, se salvaguardaran las expectativas legítimas de aquellas personas que habían cotizado durante un cierto período, mientras estuvieron en vigor las reglas anteriores y estaban cerca de pensionarse.

Por esta razón, el artículo 36 *ibidem* previó que quienes al momento de entrar en vigencia esa ley tuvieran 35 o 40 años de edad, si eran mujeres u hombres, respectivamente,

o 15 o más años de servicios cotizados, podrían acogerse a las normas más favorables del régimen anterior, en relación con la edad para acceder a la pensión, su monto y el número requerido de semanas cotizadas.

De igual modo, la nueva ley de seguridad social también dispuso que, en ejercicio de la selección de régimen pensional, los afiliados obligatorios y voluntarios podían escoger libremente entre el régimen solidario de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad, sin olvidar que, aunque coexisten, son excluyentes entre sí conforme lo determinan los artículos 12 y 16 de dicha normativa.

Así, con el fin de garantizar el traslado entre regímenes, el legislador consagró en los artículos 113 y siguientes de la Ley 100 de 1993 la figura del bono pensional, de suerte que si una persona desea trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al sistema de ahorro individual con solidaridad, tiene derecho al correspondiente bono pensional, que es un instrumento a través del cual se concretan los aportes causados y sus rendimientos, y que es válido transferir si se cumplen para ello los diferentes requisitos que cada una de las regulaciones establece.

Bajo ese contexto, y como tal situación podía causar efectos traumáticos al sistema, en especial, para las entidades que tenían a su cargo esas pensiones de reparto como el ISS, en la medida que tenían que pagar inmediatamente los bonos pensionales a los nuevos fondos

privados que tendrían a su cargo el manejo del régimen de ahorro individual, la Ley 100 de 1993 estableció en el literal b) del artículo 61, un régimen de transición específico para las personas que estaban próximas a jubilarse en el régimen anterior y quisieran trasladarse al de ahorro individual bajo el cumplimiento de un tiempo de cotización extraordinario.

En efecto, el origen y las razones de la creación de dicha exclusión van desde la consideración de un elemento disuasivo de protección a personas que por su edad podían estar *ad portas* de una pensión y, por esto, no les convenía trasladarse al naciente régimen de capitalización, hasta un elemento más objetivo tendiente a proteger la estabilidad financiera del sistema y las reservas del régimen de reparto, pues el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad implicaba la emisión de un bono pensional cuyo pago, casi inmediato, conducía a un solo desembolso del capital que representaba; es decir, que por razones fiscales o de equilibrio del sistema resultaba más conveniente que ese pago se difiriera en el tiempo -fundamentalmente cuando el emisor del bono es La Nación-, como ocurría de no darse el traslado.

Tal consecuencia, se traduce en la circunstancia de que en el régimen de prima media las mesadas de los pensionados son cubiertas periódicamente, mientras que el reconocimiento del bono pensional implica el traslado del total del capital acumulado en un solo pago, por lo cual, fue razonable que la ley previera mecanismos de transición para evitar desequilibrios en el sistema.

De hecho, los traslados que se dieron bajo esas circunstancias, usualmente, correspondían a personas que consideraban –con razón– más benéfica la devolución de saldos (con el bono pensional incluido) que la indemnización sustitutiva ofrecida en el régimen de reparto, pues mientras la primera implica la devolución de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, la segunda se liquida bajo una fórmula que conduce a un monto cuantitativamente inferior. En todo caso, dichas personas podían acceder al nuevo régimen si cotizaban efectivamente por lo menos el equivalente a 500 semanas.

En resumen, la referida disposición persiguió dos finalidades (i) mantener las condiciones pensionales de aquellos que se trasladaran de manera voluntaria al RAIS, e inclusive evitar que tomaran decisiones contrarias a sus intereses (régimen de transición); y (ii) salvaguardar la sostenibilidad del sistema pensional.

Entonces, es bajo este entendido que debe analizarse la preceptiva, mas no como exegéticamente lo determinó el *ad quem* al sostener que, si un empleador contrata a una persona que tiene más de 55 o 50 años o más de edad, según sea el caso, está eximido de la obligación que tiene de efectuar las respectivas cotizaciones al sistema de seguridad social integral y que son inherentes al vínculo laboral.

En efecto, la afiliación de los trabajadores particulares constituye una obligación laboral que precede a la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, no fue solo a partir de esta

que se estableció tal deber patronal como un imperativo en las relaciones del trabajo subordinadas particulares, sino que, de tiempo atrás, específicamente desde la de la Ley 90 de 1946, cuando se concibió por el legislador la existencia del ISS, se proyectó la necesidad de que los trabajadores particulares estuvieran cubiertos ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte por un mecanismo protector de carácter económico, esto es, las pensiones de invalidez, vejez y sobrevivientes.

Tal propósito se desarrolló a través de los diversos reglamentos expedidos por el ente de seguridad social de manera gradual y expansiva a todo el territorio nacional, y de forma obligatoria desde el 1.º de enero de 1967, premisa que se tornó universal a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 que cobijó a toda clase de trabajadores.

De ahí, que esta Sala ha señalado que *«el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. El trabajo efectivo, desarrollado en favor de un empleador, causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados al mismo»* (CSJ SL, 9 sep. 2020, rad. 60664).

Esta última providencia reiteró lo expuesto en sentencia CSJ SL514-2020 en la que se explicó:

[...] en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral»; en la SL8082-2015, señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio», y en la SL759-2018 sostuvo que «la

cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras.

Luego, las cotizaciones pensionales son una consecuencia del trabajo; en otras palabras, se causan por el hecho de laborar y los derechos pensionales están dirigidos a garantizar al trabajador un ingreso económico periódico, tras largos años de servicio que redundan en un desgaste físico natural.

Ahora, conforme el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3.º de la Ley 797 de 2003, los afiliados al sistema general en pensiones son de dos categorías: (i) obligatorios y (ii) voluntarios.

Los primeros corresponden a todas aquellas personas «*vinculadas mediante contrato de trabajo*» o que tengan una relación laboral legal o reglamentaria en calidad de servidores públicos, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado a las entidades o empresas del sector privado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra que adopten, los trabajadores independientes, los beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional de acuerdo con las disponibilidades presupuestales y los servidores públicos que ingresen a Ecopetrol a partir del 29 de enero de 2003.

Y los segundos, a todas las personas residentes en Colombia, los nacionales domiciliados en el exterior que no

tengan la calidad de afiliados obligatorios y no se encuentren expresamente excluidos por la Ley 797 de 2003 y los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo *permanezcan* en este país, salvo las excepciones de carácter legal.

De manera que, a nivel normativo, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 no existe ninguna disposición que excluya a aquellos trabajadores activos que tengan o sobrepasen la edad mínima exigida para acceder a la pensión de vejez, de la obligación de afiliarse al sistema para cubrir otros riesgos como la invalidez y la muerte.

Así lo señaló esta Sala en sentencia CSJSL2991-2020:

Esa concepción permite entender que las personas de edad avanzada también tienen derecho a acceder a un trabajo dependiente o por cuenta propia, en cuyo caso, su afiliación al sistema de seguridad social es ineludible pese a que tengan la edad de pensión por vejez, -prestación que por tal razón no obtendrán-, y, en esa medida, sí tienen derecho, en el régimen de prima media con prestación definida, a estar amparadas para cubrir los eventuales riesgos de invalidez y muerte (CSJ SL 16155-2014 y CSJ SL2159-2017).

3. DECLARATORIA DE EXEQUIBILIDAD DEL ARTÍCULO 61 DE LA LEY 100 DE 1993

La Corte Constitucional en la sentencia C-674-2001, declaró exequible el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, tras considerar que se ajusta a los principios constitucionales de la seguridad social y no es discriminatorio, por cuanto si bien establece una diferencia de trato, se fundamenta objetiva y razonablemente en permitir que al entrar en vigencia el

nuevo sistema pensional, las personas que tenían menos de 55 años (hombres) o 50 años (mujeres) pudieran *«trasladarse inmediatamente al régimen de ahorro individual, mientras que para las personas mayores de esa edad, lo condicionó a «la obligación de cotizar al menos 500 semanas en ese nuevo régimen».*

Explicó esa Corporación que ese trato diferente previsto en el literal b) del citado artículo 61 de la Ley 100 de 1993 persigue finalidades constitucionales importantes, pues pretende evitar traumatismos financieros al sistema pensional, como se advirtió en precedencia y, además, se torna en una medida proporcionada puesto que *«como contrapartida a la exclusión de la posibilidad acceder al régimen de ahorro individual, estas personas pueden acceder a su pensión de jubilación en el régimen de prima media en condiciones más favorables que los otros pensionados».*

Bajo ese contexto, igualmente resaltó que *«en la práctica, los cálculos técnicos muestran que también las personas menores de esas edades deben cotizar un número similar de semanas en el régimen de ahorro individual, si quieren acumular un capital suficiente para obtener una pensión equivalente a la que tendrían derecho en el régimen de prima media, conforme a las normas de transición que los cobijan (artículo 36 de la Ley 100 de 1993)».*

Lo dicho, por cuanto distintos cómputos evidencian que para obtener una pensión de determinada cuantía en el régimen de prima media era necesario un monto y unos años

de cotización que no serían suficientes para conformar el capital requerido en el actual régimen de ahorro individual para lograr la misma pensión, debido a que antes las cotizaciones y los tiempos exigidos por la ley no eran tan altos, en la medida en que, por cada pensionado, había un gran número de trabajadores que financiaban su jubilación. De modo que, para lograr la financiación completa o necesaria en el nuevo régimen, la persona debería cotizar por un período mucho más amplio para obtener la prestación.

Luego, así concluyó que la exigencia de cotizar 500 semanas para efectuar el traslado correspondiente no es absoluta, sino condicionada, y armoniza con la filosofía que orienta el régimen de ahorro individual, pues esa cotización adicional es la que permite que la persona que decide trasladarse integre un capital suficiente para obtener una pensión digna.

4. IMPORTANCIA DE LA ADECUADA HERMENÉUTICA DEL LITERAL B) DEL ARTÍCULO 61 DE LA LEY 100 DE 1993

Como se advirtió, la relevancia de la adecuada interpretación del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, permite concluir que su propósito útil se concentró en procurar que quienes ingresaran al nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad tuvieran garantizada una prestación digna mediante la conformación de un capital suficiente, así como garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

Adicionalmente, protegió los derechos a una vida digna, al mínimo vital y al trabajo, de las personas que cuentan con edades que superan la mínima exigida para acceder a la pensión de vejez, a quienes les resulta difícil acceder a una actividad laboral por cuenta ajena, mantener un vínculo laboral o cotizar como independientes, dificultades que en la práctica se generan a partir de estereotipos negativos por pertenecer a determinada generación, pese a que dichas personas poseen una capacidad productiva, útil a la sociedad, incluso, una mejor experiencia y conocimiento. Es decir, el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 no discriminó del deber de afiliación a quienes por su edad avanzada tiene la capacidad para desempeñar un trabajo y, por tanto, mientras mantengan la condición de trabajadores dependientes o independientes, son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud y pensiones.

De manera, que aceptar la interpretación que el juez de segundo grado le otorgó a dicha disposición, cercena los derechos e incrementa las barreras con las que, de por sí, ya cuenta esta población mayor, pues a más de que se les estigmatiza por las razones explicadas, sin ningún fundamento se les impide acceder al sistema de seguridad social en pensiones, derecho fundamental, irrenunciable y universal, con lo cual, además de desconocer sus capacidades productivas, útiles a la sociedad, implica la vulneración de tratados internacionales de derechos humanos que propenden por la igualdad de oportunidades de empleo (Convenio 111 ratificado por Colombia el 4 de marzo de 1969).

Aunado, la Sala recuerda que tal interpretación no surge únicamente del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 y de las normas constitucionales e internacionales que procuran una protección especial, también deriva del mismo sistema de seguridad social que previó alternativas como la indemnización sustitutiva (art. 37 *ibidem*) y la devolución de saldos (art. 66 *ibidem*), para quienes, teniendo la edad de pensión, no cumplan con los demás requisitos. Es decir, si una persona no alcanza las exigencias legales para la pensión de vejez, bien puede, a partir de las cotizaciones al sistema, obtener otras prestaciones del sistema tales como la devolución de saldos, la indemnización sustitutiva, la pensión de invalidez o la de sobrevivientes para sus beneficiarios.

5. CASO CONCRETO

De acuerdo con lo expuesto en los acápites precedentes, la correcta interpretación del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 implica que la circunstancia de contar con 50 o 55 años de edad, según sea el caso, no constituye un parámetro válido de exclusión del sistema general en pensiones. Por tanto, erró el Tribunal al concluir que el empleador no estaba obligado a efectuar aportes pensionales en favor de Villada Castañeda pues, como se advirtió, esa posibilidad aplica para quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 quisieran trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad con el fin de obtener una pensión mínima, situación que no cobija al actor quien era trabajador activo y

fue afiliado por primera vez al sistema en pensiones el 19 de junio de 2011 (f.19).

En efecto, de no quebrarse la decisión del juez plural justificación válida alguna el demandante quedaría sin la protección de la pensión de invalidez que se estructuró durante la vigencia del contrato de trabajo que tenía con la sociedad convocada a juicio, en tanto asumió, sin más, que, por el simple hecho de contar con la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, no podía ser amparado por el sistema para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte; lo cual, además de no estar en consonancia con la debida interpretación de la norma en que se fundamentó, va en contravía de principios universales y de derechos fundamentales, mínimos e irrenunciables.

Con vista a lo expuesto, se casará el fallo impugnado. Dado el resultado del cuestionamiento inicial la Sala se releva de estudiar los cargos segundo y tercero en tanto persiguen idéntico fin.

Sin costas en el recurso extraordinario.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia se tiene que el recurso de apelación de Inversiones Santa Bárbara del Poblano S.A. se contrajo a: (i) la inexistencia de la obligación de afiliar al actor por estar excluido del sistema; (ii) la improcedencia de la indexación de las condenas como quiera que, aunque sí

constituyó una pretensión del proceso, el demandante desistió de la misma en la audiencia prevista en el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y, por tanto, no fue objeto de fijación del litigio y (iii) ante el hipotético caso de condenar al pago de la prestación se ordene el descuento de aportes a salud que ha efectuado desde el 2011 a la fecha.

Por su parte, el promotor del litigio cuestiona la declaratoria parcial de la excepción de prescripción que propuso la accionada, dado que el *a quo* la contabilizó desde el 26 de agosto de 2012, fecha de presentación de la demanda, y en su criterio, esta debió ser a partir del 6 de mayo de 2009, data de estructuración de la invalidez.

En ese orden la Sala procede a resolver:

Frente al primer *ítem*, basta con referir lo expuesto en sede extraordinaria para concluir que hay lugar a otorgar la prestación pensional pretendida, pues además de que no es objeto de discusión que el actor reúne los requisitos para ello, la consecuencia de la omisión en la afiliación se traduce en tal imposición a cargo de su empleador.

En efecto, cabe recordar que de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, ratificado por el artículo 2.º de la Ley 797 de 2002, la selección de régimen de pensión y de administradora, es competencia exclusiva del afiliado quien debe manifestar su voluntad por escrito, pero es obligación del empleador adelantar el trámite de afiliación

con el fin de subrogar los riesgos derivados de contingencias de vejez, invalidez, muerte, enfermedad y maternidad; luego, la omisión de tal deber genera para este la responsabilidad de asumir frente al sistema y a su trabajador todas las prestaciones derivadas de tales riesgos durante el periodo de desprotección.

De ahí que no le está dado al empleador liberarse de responsabilidad cuando no afilia al trabajador o no cotiza al sistema de seguridad social a su nombre y, en consecuencia, se trunca el derecho pensional, pues si la afiliación no se produce, con independencia de su razón, será responsable de la prestación que hubiera podido otorgar el sistema; y cuando no paga o incurre en mora en la cotización será objeto de las acciones de cobro que la ley prevé para obtener el pago de las cotizaciones causadas y no cubiertas con sus intereses correspondientes.

Es decir, tal como lo adujo la AFP, no se le puede endilgar la omisión de realizar acciones de cobro de los aportes, toda vez que para que exista mora del empleador debe mediar el incumplimiento de una determinada prestación adquirida en virtud de la afiliación del trabajador o de novedad de vinculación laboral; pero como en este asunto, se reitera, no hubo afiliación, si bien no exonera de responsabilidad al dador del empleo, sí impide que se establezca su condición de deudor moroso del sistema. En ese sentido, resulta pertinente reiterar lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL, 23 feb.

2010, rad. 37555, CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211 y CSJ SL1342-2019.

Entonces, tal omisión no genera para el trabajador la pérdida del derecho a la prestación, pero sí apareja, a cargo del empleador el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez o de sobrevivientes o sustitución, por riesgo común, que se llegase a causar, tal como lo dispone el artículo 8.º del Decreto 1642 de 1995 mediante el cual se reglamentó la afiliación de los trabajadores al sistema general de pensiones compilado en el artículo 2.2.4.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que prevé:

(...)

Los empleadores del sector privado que no hubiesen afiliado a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, deberán asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes o sustitución, por riesgo común, que se llegasen a causar durante el periodo en el cual el trabajador estuvo desprotegido (resaltado fuera del texto).

Ahora, esta Sala ha determinado 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, CSJ SL17300-2014, CSJ SL2731-2015, CSJ SL14388-2015). Es decir, en principio, bajo los nuevos criterios de la jurisprudencia, la comprobada 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, también ha admitido 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).

Lo anterior, en la medida que las pensiones de sobrevivientes y, como en este caso, de invalidez, tienen características particulares y diferentes a las que guían la prestación de vejez, pues tienen origen 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, propias estas del riesgo de vejez.

Así lo explicó esta Sala en sentencia CSJ SL4103-2017, reiterada en la CSJSL21506-2017, al señalar:

(...) 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).

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.

Las anteriores precisiones bastan para concluir que el cargo es fundado y, como consecuencia, se casará totalmente la sentencia recurrida.

Entonces, aunque en esta decisión se hizo referencia a la pensión de sobrevivientes, lo cierto es que iguales fundamentos aplican para el caso de la prestación de invalidez que también persigue el aseguramiento de un riesgo y no se funda en la acumulación de un capital suficiente para su financiamiento.

En consecuencia, se itera, como la omisión de afiliar al accionante al sistema de pensiones le impidió acceder a las prestaciones a cargo de este, el responsable del pago de la pensión de invalidez y demás prestaciones que de ella deriven es el empleador, en los precisos términos del estatuto de seguridad social y tal como lo concluyó el juez de primera instancia, como quiera que su monto no fue objeto de apelación por ninguna de las partes.

Ahora, respecto del segundo cuestionamiento relativo a la improcedencia de la indexación, la Sala advierte que en

efecto el apoderado del demandante desistió de tal pretensión con el fin de evitar una posible nulidad al solicitar de manera coetánea intereses moratorios e indexación los cuales son incompatibles. Petición que el *a quo* aceptó en la misma diligencia.

No obstante, para la Corte no se trata de que el juez de primer grado descartara de tajo esa manifestación, sino que en uso de las facultades extra y ultra *petita* que le confiere el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social hizo uso de la primera, al considerar que si bien el mandatario del actor excluyó tal pretensión con ocasión de la excepción previa que propuso la demandada, lo cierto es que la indexación no era en sí misma una sanción, sino un factor de actualización que tenía como fin restablecer el equilibrio económico entre las partes en atención a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Luego, implícitamente reconoció según lo explicado por la jurisprudencia de esta Sala que ante la absolución de los intereses moratorios -teniendo en cuenta que no se trataba de la AFP sino del empleador, aspecto que no fue materia de apelación- procedía la indexación de la prestación como un mecanismo para evitar la revaluación «*aún sin solicitud de la parte*».

Esa decisión para la Sala no es desacertada ni arbitraria, pues el uso de las facultades del artículo 50 *ibidem* implican una excepción al principio de congruencia instituida para proteger los derechos mínimos e

irrenunciables del trabajador o afiliado. Tal como se explicó en sentencias CSJ SL, 19 ag. 2012, rad. 40404 y CSJ SL3933-2018 como en efecto lo constituye la actualización de las mesadas pensionales adeudadas con la finalidad de paliar la pérdida del poder adquisitivo que sufre la moneda como consecuencia del paso del tiempo.

De modo, que también habrá de confirmarse dicha condena.

Finalmente, frente a los descuentos por aportes a salud esta Sala ha reiterado que operan por ministerio de la ley conforme lo previsto en el inciso 3.º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994 y, por tal razón, no es necesario que medie una autorización judicial para el efecto (CSJ SL1359-2019 y CSJ SL3342-2020). De ahí que para su realización no es indispensable una orden judicial.

Visto la anterior, y respecto de la alzada que formuló el actor relacionada con la declaratoria parcial de la excepción de prescripción, basta con señalar que no existe en el expediente prueba alguna que dé cuenta de una previa interrupción del término trienal dispuesto legalmente para los derechos laborales y pensionales, en la medida que el accionante no agotó la reclamación del derecho ante el empleador, únicamente lo hizo ante la administradora accionada.

En consecuencia, el *a quo* no erró al contabilizar tal medio exceptivo desde la presentación del escrito inicial y concluir que se encontraban afectadas por el término trienal

las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 26 de agosto de 2012, como quiera que la demanda se instauró el mismo día y mes de 2015.

Por tanto, se confirmará en su totalidad la decisión de primer grado, por las razones expuestas en esta providencia.

Las costas de la primera instancia estarán a cargo de la demandada; sin lugar a ellas en la alzada.

XI. 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 que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín profirió el 29 de mayo de 2019, en el proceso ordinario laboral que **GABRIEL DE JESÚS VILLADA CASTAÑEDA** adelanta contra **INVERSIONES SANTA BÁRBARA DEL POBLANCO S.A.** y el **FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.**

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín emitió el 31 de octubre de 2017.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia



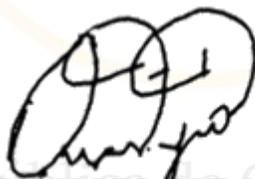
FERNANDO CASTILLO CADENA



CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Corte Suprema de Justicia



JORGE LUIS QUIROZ ALEMAN