



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

SL1703-2018

Radicación n.º 67359

Acta 13

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **LEONOR SARMIENTO DE PIMENTEL, CONSTANZA, BEATRIZ LILIA, JUANITA, JAIME ERNESTO y FELIPE PIMENTEL SARMIENTO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral en Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de junio de 2013, en el proceso que instauraron **PEDRO TEÓDULO FORERO OLAYA y NOHEMÍ SIERRA DE FORERO** contra los recurrentes.

I. ANTECEDENTES

Pedro Teódulo Forero Olaya y Nohemí Sierra de Forero pidieron que se declarara la existencia de una relación de trabajo subordinada entre el 6 de febrero de 1978 y el 5 de febrero de 1999, que todo el tiempo se devengó un salario

mínimo y que se terminó por renuncia voluntaria; que ante el deceso de su empleador Jaime Pimentel Rodríguez las obligaciones debían asumirse por sus herederos determinados e indeterminados a quienes se llamó a juicio. En consecuencia, corresponde el pago de la pensión de jubilación desde el 3 de noviembre de 2002 y 17 de septiembre de 2003, respectivamente, las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, la sanción por no pago, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales. Subsidiariamente la cancelación de los aportes pensionales suficientes al fondo, para el cubrimiento.

Esgrimieron, que empezaron a laborar en una finca denominada Peñitas, de la vereda Paicaguita, ubicada en el Municipio de Lenguazaque (Cundinamarca), a partir del 6 de febrero de 1978, a disposición de Jaime Pimentel Rodríguez, *«ordeñando con equipo un promedio de 70 vacas, entregar la leche al camión recolector, construir y reparar cercas de alambres, construir y limpiar vallados, hacer desagües, hacer inseminación artificial, vigilar la finca, cuidar de los terneros y en general ejecutar las múltiples actividades de una finca ganadera»*; que renunciaron el 5 de febrero de 1999, y en ningún momento estuvieron afiliados al sistema general de seguridad social (folios 4 a 17).

Al responder, el apoderado judicial de la parte pasiva, aceptó la existencia de la relación laboral de los actores con Jaime Pimentel Rodríguez, los extremos, las funciones desempeñadas, pero dentro del horario ordinario laboral. Aclaró que se suscribió un acuerdo transaccional, el 14 de febrero de 1999, para precaver cualquier eventual litigio y

para oponerse a lo pedido, presentó las excepciones de cosa juzgada material, cobro de lo no debido, compensación, prescripción y la genérica (folios 63 a 83 y 153 a 171).

Se tuvo por no contestada la demanda de los herederos indeterminados (folio 193).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, en pronunciamiento de 12 de agosto de 2011, declaró la existencia de contrato de trabajo entre PEDRO TÉODULO FORERO OLAYA y NOHEMÍ SIERRA DE FORERO con JAIME PIMENTEL RODRÍGUEZ, absolvió a los convocados a juicio como herederos determinados e indeterminados, de todas las obligaciones y declaró probada la excepción de prescripción, e impuso costas a la parte actora (folios 243 a 254).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al definir la apelación de la parte accionante, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en pronunciamiento de 28 de junio de 2013, revocó parcialmente el de primer grado y, en su lugar, dispuso a los herederos determinados de Jaime Pimentel Rodríguez el pago de los aportes *«al Sistema de Seguridad Social en pensiones, del periodo comprendido entre febrero de 1978 hasta marzo de 1996, previo cálculo actuarial que realice el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, al momento del cumplimiento del presente fallo»*. Fue aclarada en proveído de 18 de diciembre de ese mismo

año, en relación con la alteración de los nombres de la parte pasiva.

Señaló que el punto exclusivo de controversia fue el de la prescripción declarada por el Juzgado y, por ello, acometió su análisis, para establecer si aquella operaba y en qué términos, con relación a los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones.

Acotó que efectivamente al ser la prestación de vejez imprescriptible, no era posible deslindar su naturaleza, y sostener que los aportes que la generan sí podían estar cobijados por ese fenómeno extintivo, pues *«considerarlo de otra forma sería admitir que desde la búsqueda primigenia del derecho pensional, éste podría ser afectado ... al no ser reclamado, el pago de las cotizaciones dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo laboral»*, y que aun cuando ciertos créditos laborales si fenecen, ello no acontece con los relativos a la pensión.

Continuó con que *«establecido que la obligación, en cabeza del empleador, de cotizar los aportes al SGSSP de sus trabajadores emanados del tiempo de duración de la relación laboral, no es susceptible de prescripción, se debe analizar el presente caso para determinar si la causación y reconocimiento del derecho pensional están en cabeza del empleador, o por el contrario, de alguna entidad administradora de un régimen pensional»*, y tras remitirse a los documentos de folios 96 a 132, que correspondían a planillas de autoliquidación de aportes en pensión de los actores del régimen de prima media, destacó que era esta la que debía asumir el eventual pago de la prestación, y que por tanto lo que cabía era imponer el cálculo actuaria, dada la omisión

advertida en un periodo determinante, en los términos del literal d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, esto es entre el ciclo de febrero de 1978 y el de marzo de 1996.

Culminó con que *«es deber de los demandados, como herederos determinados del empleador de los demandantes, subsanar la omisión en que incurrió el señor PIMENTEL RODRÍGUEZ respecto del cumplimiento de sus obligaciones laborales, durante el desarrollo de la relación contractual sostenida con quienes en esta oportunidad ejercieron el derecho de acción»*.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte actora, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Aspira la parte recurrente que *«se CASE PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral de Descongestión – el día 28 de junio de 2013, en cuanto al numeral primero que revocó los numerales segundo y tercero de la sentencia apelada, declarando no probada la excepción de prescripción interpuesta por la pasiva y condenó a los demandados al pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, del periodo comprendido entre febrero de 1978 a marzo de 1996, previo cálculo actuarial que realice Colpensiones al momento del cumplimiento del fallo, la cual fue aclarada por auto de fecha 18 de diciembre de 2013, para que en su lugar y, en sede de instancia, la H. Corte Suprema de Justicia **CONFIRME** la sentencia dictada por el a quo. Finalmente deberá efectuarse la correspondiente provisión de rigor sobre costas procesales»*.

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación, que no tuvieron réplica.

VI. CARGO PRIMERO

Lo presenta así *«Acuso la sentencia recurrida por violación directa de la Ley en la modalidad de infracción directa de los artículos 174, 175, 177, 188 y 304 modificado por el artículo 1 Numeral 134 del Decreto 2282 de 1989, 305 modificado por el artículo 1º Numeral 135 del Decreto 2282 de 1989 del Código de Procedimiento Civil, retomados por la analogía del artículo 145 del Código Procesal Laboral, 32, 151 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social. La violación de las normas procesales, fue el medio que produjo el quebrantamiento de los artículos 15, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, 2535, 2538, 2543, 2544, 2512, 2513, 2517, 2518 del Código Civil, 292 del Código de Régimen Municipal y 8 de la Ley 153 de 1887».*

Aduce que su cuestionamiento es jurídico y está relacionado con la conclusión del Tribunal, relativa a la imprescriptibilidad de los aportes pensionales, así como la cosa juzgada; luego hace una reflexión sobre las implicaciones del acceso a la administración de justicia y recaba en que al Juez le está vedado pronunciarse sobre aspectos extraños al litigio.

Reprocha que el juez plural no declarara probada la excepción de prescripción, pese a que fue planteada en la contestación en tanto *«las leyes no hicieron ninguna excepción, luego deben aplicarse, pues simplemente una vez se hace exigible una obligación el beneficio de ese derecho, debe hacerse dentro del plazo fijado por el legislador, si con el paso del tiempo el titular del derecho no lo ejerce, entonces esto hace que esa obligación se extinga y el conflicto*

termina con la declaratoria de la prescripción»; que justamente su finalidad es la seguridad jurídica y que así lo ha destacado esta Sala, para lo cual transcribe en extenso las decisiones CSJ SL 10, may, 2005, rad. 25327 y CSJ SL 10, jul, 2007, rad. 30914.

Asegura que los aportes a la seguridad social prescriben y que, otro de los errores jurídicos de la determinación, fue el de no declarar la cosa juzgada, y que como se concretaron ambos procede el quebrantamiento, conforme lo pedido.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa «la sentencia impugnada por la violación indirecta de la ley, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 33 parágrafo 1 literal c) de la Ley 100 de 1993; 1 del Decreto 1887 de 1994, 3 numeral 1 literal del Decreto 1748 de 1995, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo; 2512, 2513, 2517, 2518, 2535, 2538, 2543, 2544 del Código Civil, 292 del Código de Régimen Municipal, 8 de la Ley 153 de 1887, 151, 25, 31 y 60 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social modificado por el artículo 18 de la Ley 712 de 2001, 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, modificados por el artículo 1 del Decreto 2282 de 1989».

Atribuye al juez de segundo grado, la comisión de los siguientes errores manifiestos de hecho:

- 1. Dar por demostrado, sin estarlo, que, a los demandados con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha.*
- 2. No dar por demostrado, estándolo, que el acuerdo de transacción celebrado con el actor PEDRO TEÓDULO FORERO*

OLAYA prestaba mérito ejecutivo y hacía las veces de cosa juzgada.

3. *No dar por demostrado, estándolo, que el paso del tiempo extingue las obligaciones laborales.*
4. *No dar por demostrado, estándolo, que el demandante PEDRO TEODULO FORERO OLAYA recibió una indemnización sustitutiva de pensión por parte del Instituto de Seguros Sociales, lo que impide que en el futuro este le reconozca pensión de vejez.*

Como pruebas sin valorar, y con incidencia para la definición, reseña el acta de transacción (folio 18), en la que se demuestra que el acuerdo fue libre y voluntario y genera los efectos de cosa juzgada, así mismo que da cuenta sobre la fecha de terminación de la relación laboral.

El interrogatorio de parte absuelto por la parte demandada Leonor Sarmiento de Pimentel, en el que refrenda la suscripción de un acuerdo transaccional (folio 211), así como el vertido por el accionante, en el que destaca haber recibido indemnización sustitutiva, lo que le impide percibir la prestación de vejez, lo que aparece corroborado con la certificación del Instituto de Seguros Sociales (folio 244) y en el hecho 6 de la demanda.

En la demostración asegura, que el Tribunal impuso condena solidaria, sobre el pago del cálculo actuarial, entre febrero de 1978 y marzo de 1996, sin evidenciar que no correspondía tal derecho, pues no existía fuente formal que les asignara tal responsabilidad; que además se equivocó al no declarar la prescripción, y para ello enunció los pronunciamientos de esta Corporación CSJ SL 10, may, 2005, rad. 25327 y SL 10, jul, 2007, rad. 2007, para continuar con que *«siguiendo los parámetros legales y*

jurisprudenciales, el derecho reclamado que se hizo exigible a partir del 5 de febrero de 1999 y solo hasta el 16 de diciembre de 2009 (más de 1 años después) se presenta la demanda, no es posible que se haya negado la prescripción».

Continúa con que el juez de segunda instancia, tampoco tuvo en cuenta el acuerdo transaccional, y que el accionante con antelación había percibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que hacía imposible percibir la prestación por esa contingencia

VIII. CONSIDERACIONES

La definición conjunta de los cargos obedece a que, aun cuando se acude a vías distintas, lo cierto es que la proposición jurídica en la que se fundan y los argumentos dados en cada una de las demostraciones, son complementarios en relación con el problema jurídico puesto a consideración de la Sala para determinar si se contravino el ordenamiento jurídico, esto es, si es posible declarar la imprescriptibilidad de los aportes a pensión y, de otro lado, si ese aspecto había sido objeto de acuerdo voluntario entre las partes y, en ese orden se definirá la controversia.

Sobre la prescripción de las obligaciones pensionales que el empleador omitió cancelar a sus trabajadores, en periodo anterior al de la afiliación, y que se alega por el recurrente se encuentran prescritos, cabe indicar que desde que esta Sala de la Corte recogió el criterio en torno a que el fenómeno extintivo se aplicaba a los factores salariales también clarificó que la imprescriptibilidad se predicaba de

todo aquello que afectase el valor de la pensión, por su misma naturaleza, con lo que se profundizó la tesis que hasta ese momento imperaba, según la cual, tal fenómeno extintivo de los aportes pensionales estaba sujeta a condición suspensiva.

En tal discernimiento, esta Corte recabó en la naturaleza jurídica del derecho a la seguridad social y el carácter inalienable y fundamental de que está investida la prestación que cubre los riesgos sociales, así como en el hecho de que la calidad de pensionado permanece en el tiempo, justificando en propias razones de seguridad jurídica y de justicia, el hecho de no permitir la pervivencia de situaciones irregulares a la luz del ordenamiento jurídico.

Así discurrió en decisión CSJ SL738-2018 (rad. 33330), en la que se indicó:

En segundo lugar, para la Corte el Tribunal incurrió en otro error jurídico al concluir que, en este caso, la reclamación del actor por los periodos de la relación laboral no cotizados al sistema de pensiones se encontraban afectados por prescripción.

En torno a este punto, en sentencias como las CSJ SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 y CSJ SL16856-2016, entre otras, la Corte ha sostenido que mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, no está sometida a prescripción. En similar dirección, en sentencias como las CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, y CSJ SL2944-2016, señaló que «...el pago de los aportes pensionales al sistema de seguridad social, en tanto se constituyen como parte fundamental para la consolidación del derecho a la pensión de jubilación, no están sometidos a prescripción...»

Si bien es cierto que, a partir de algunas de las anteriores decisiones, podría pensarse que el pago de los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, que es lo que en esencia se discute en este proceso, sí prescribe, pero teniendo en cuenta que la obligación se hace exigible a partir del momento en el que se reconoce la

pensión de vejez o de jubilación, la Corte considera prudente precisar su doctrina, en cuanto a que, por tratarse de aportes pensionales, que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, como consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción. Así se consideró en la sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, que se refirió a la imprescriptibilidad de cálculos actuariales necesarios para financiar la pensión, o en la sentencia CSJ SL, 9 ag. 2006, rad. 27198, relacionada con la imprescriptibilidad de los bonos pensionales. En esta última decisión se anotó que,

[...] existe una relación indisoluble entre el bono pensional y el status de pensionado, debiendo correr la misma suerte la acción que se instaure en uno u otro caso para solicitar su reconocimiento, pues en puridad de verdad estos derechos están estrechamente ligados o entrelazados, y en estas condiciones ninguno de ellos admite prescripción extintiva del derecho en sí mismo.

Consideraciones que para la Sala resultan aplicables a la presente situación, pues el acopio de aportes pensionales omitidos por el empleador, sea cual sea la razón de ello, a través de cálculo actuarial, está ligado de forma lógica a la construcción del derecho pensional y a su financiación, de manera que, como se dijo en la sentencia CSJ SL795-2013,

*[...] teniendo en cuenta ese ideal constructivo y contributivo, que orienta las pensiones de jubilación, lo más justo y adecuado a las normas y principios del sistema de seguridad social, es que el afiliado tenga la oportunidad de enmendar o perseguir la integración de todos aquellos elementos que contribuyen al nacimiento de su pensión, o de atacar todas las contrariedades que afecten ese derecho en construcción, **en cualquier tiempo**, de manera que cuando cumpla el último de los requisitos necesarios para tales efectos, pueda empezar a disfrutar de su descanso de una forma remunerada, equilibrada y digna.*

A partir de todo lo anterior, se reitera, para la Corte las reclamaciones por omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones y sus consecuencias, en tanto están ligadas de manera necesaria tanto a la consolidación plena, como a la financiación debida de las respectivas prestaciones, no están sometidas al fenómeno de prescripción en tanto tal, en iguales términos que los prohijados por la Sala para el estatus de pensionado, sino tan solo en cuanto a las mesadas o los reajustes dejados de cobrar oportunamente.

Inclusive, en determinación SL4735-2017 se decantó, en similares términos sobre la imprescriptibilidad de los aportes, con incidencia en el ingreso base de liquidación, lo que da cuenta de que, efectivamente, el juez plural no se pudo equivocar cuando dispuso el cálculo actuarial, máxime

cuando en este evento, si los accionantes no podían acceder a la prestación de vejez, era precisamente por la ausencia injustificada del empleador sobre sus obligaciones, de tracto sucesivo.

Ahora bien, el otro aspecto que se reprocha es el de la omisión probatoria en que incurrió el juez de segunda instancia, al no percatarse de la existencia de un acta de transacción, en la que se convino una suma determinada con la finalidad de precaver cualquier litigio eventual, sin embargo para esta Sala de la Corte, al no haberse pronunciado sobre tal punto, lo que correspondía, era solicitar la adición pues el recurso extraordinario no puede servir de mecanismo alternativo para subsanar irregularidades en que pudo haber incurrido el fallador al momento de decidir el litigio, y que eran viables remediar a través de las herramientas jurídicas previstas para el efecto, que es lo que ocurre en este caso, cuyo conducto procesal pertinente no se utilizó a fin de que se dictara una complementaria en donde se pronunciara sobre el punto no resuelto.

Así, las normas procesales aplicables por analogía al campo laboral en virtud a lo dispuesto en el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, exigen al juez al proferir la sentencia definitiva, que sea congruente con la cuestión litigiosa, esto es, que no omita resolver sobre los pedimentos impetrados en la demanda, ni sobre los medios exceptivos de defensa formulados por quien fue convocado al proceso en calidad de contradictor, y ante cualquier omisión el mismo

artículo 311 del C.P.C., modificado por el artículo 1º numeral 141 del Dcto 2282 de 1989, prevé el mecanismo tendiente a conjurar tales irregularidades, bien por actuación de oficio del juez o en virtud de solicitud de parte, a través de una sentencia complementaria en la que se resuelva sobre la pretensión o excepción cuyo pronunciamiento fue omitido; instrumento que no fue utilizado dentro del término establecido, y que no puede revivirse a través de un recurso restringido y extraordinario.

En todo caso, si se entendiera que lo relacionado con la cosa juzgada, era inescindible con la definición sobre la imprescriptibilidad de los aportes, para esta Sala, tampoco se advierte el yerro probatorio, pues el documento denunciado, esto es el que milita a folio 18, nada dijo en relación con la pensión de vejez, pues allí se pactó que *«EL PATRONO cancelará a EL TRABAJADOR mediante cheque N°5172701 de la cuenta 13606765-9 del BANCO GANADERO la suma de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y SÉIS MIL TRESCIENTES TREINTA PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$4.366.330,00) con el fin de cancelar los valores correspondientes a salarios, cesantías, vacaciones, salario en especie hasta el último día de trabajo o sea hasta el día 5 de febrero del año 1999»*.

Tampoco de su cláusula segunda puede extraerse la conclusión inequívoca a la que alude el recurrente, en tanto lo que allí se contempla es que *«El trabajador acepta libre y voluntariamente y como tal la suma indicada y declara tener completo conocimiento de la forma como la misma fue liquidada y por lo tanto se compromete a no efectuar ninguna reclamación futura directamente o por medio de un tercero o apoderado sobre ninguna prestación social originada como resultado del trabajo efectuado durante el tiempo*

mencionado, ya que acepta que la suma entregada cubre la totalidad de estos rubros y se siente totalmente satisfecho con el valor acordado y por lo tanto declara a PAZ Y SALVO a EL PATRÓN por todo concepto laboral», pues, de ninguna forma, se define el aspecto relativo con una prestación de tracto sucesivo, lo cual en todo caso tampoco tendría efectos, dado el carácter irrenunciable que reviste la pensión, que al corresponder a las regulaciones legales, no puede ser derogadas por acuerdos entre las partes, como parece entenderlo la censura.

Por su parte, en torno a lo que plantea el censor en el numeral 4 de los desaciertos fácticos denunciados, debe precisarse que el pago de la indemnización sustitutiva, no impide el eventual reconocimiento de la pensión de vejez, cuando posteriormente se constata que procedía la referida prestacional pensional, en tanto vele y se reitera esta es irrenunciable (CSJ SL11042-2014 – CSJ SL9769 – 2014).

Los argumentos atrás esbozados, evidencian que no es posible infirmar la determinación impugnada, y que este se avino a las reglas jurídicas y a los principios constitucionales sin que, por tanto, puedan tener prosperidad.

IX. CARGO TERCERO

Reprocha la decisión del Tribunal *«por la violación directa de la ley, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 33 párrafo 1 literal c) de la Ley 100 de 1993; 1 del Decreto 1887 de 1994; 3 numeral 1 literal del Decreto 1748 de 1995, 15, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo; 2512, 2513, 2517, 2518, 2535, 2538, 2543,*

2544 del Código Civil; 292 del Código de Régimen Municipal; 8 de la Ley 153 de 1887; 151, 25, 31 y 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 18 de la Ley 712 de 2001, 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1 del Decreto 2282 de 1989».

Explica someramente que, aun cuando el juzgador de segundo grado nada refiere sobre las disposiciones que regulan la controversia, tácitamente aplica las que se denuncian en el cargo, pues no de otra manera justifica la imposición del cálculo actuarial, y por ello tras acudir a un aparte de la determinación impugnada, y a la transcripción del artículo 1 del Decreto 1887 de 1994, asegura que no era posible tal solución jurídica en tanto no se trataba de una prestación que estuviese a cargo del empleador.

X. CONSIDERACIONES

Al elegir la vía directa, esto es la estrictamente jurídica, el censor acepta las conclusiones fácticas que condujeron a la declaratoria del contrato laboral entre las partes, entre el 1 de febrero de 1978 y el 31 de marzo de 1996, el cual terminó por renuncia, y en cuyo interregno se cancelaron deficitariamente las cotizaciones a la seguridad social, esto es desde el último año en que se prestó el servicio; bajo ese entendido dispuso que correspondía al empleador cancelar el cálculo actuarial, sin que tal conclusión aparezca desacertada.

En efecto, esta Corte, en múltiples oportunidades ha precisado que, la obligación de afiliar al Instituto de Seguros

Sociales a un trabajador dependiente, es responsabilidad del empleador, acorde con la legislación vigente sobre el particular, carga que también aplica para el momento en que entró a regir el Sistema de Seguridad Social Integral que creó la Ley 100 de 1993.

Así la subrogación del riesgo de vejez, fue contemplada en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 en concordancia con los artículos 259 del CST y 1º del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, para los trabajadores que tuvieran un tiempo de servicios inferior a 10 años, contabilizados desde el 1º de enero de 1967, disponiendo que la obligación de reconocerles la pensión estaba a cargo del ente de seguridad social, en reemplazo del empleador, sin desconocer, claro está, que la asunción de riesgos por el ISS, no operó de modo automático en todos los casos, sino que produjo efectos con la condición de que recibiera las cotizaciones respectivas.

Como es incontrovertido que en estos eventos ya existía la obligación legal de afiliación de los trabajadores al régimen de seguridad social en pensiones, que para ese entonces era administrada por el Instituto de Seguros Sociales, y pese a tal exigencia el empleador hizo caso omiso, lo propio era acudir a conjurar tal afectación, y para ello estaba habilitado por el inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, el cual previó la solución frente a la eventualidad referida, al establecer que “ ... En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema

general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994”

De su tenor literal se desprende, que el querer del legislador fue el de solucionar aquellos eventos en los cuales, los empleadores no hubieran cumplido con la afiliación obligatoria al ISS, y para el efecto la figura del cálculo actuarial, se adopta como una solución técnica, en tanto es la utilizada para cuantificar las prestaciones de riesgos sociales, es decir, las sujetas a incertidumbre.

En ese sentido, no pudo cometer los yerros jurídicos que se endilgan, y la postura exhibida guarda coherencia con la línea jurisprudencial que esta Corte ha mantenido y que puede consultarse, entre otras, en las decisiones recientes CSJ SL287-2018, SL068-2018, SL18398-2017, SL14215-2017, SL10122-2017, SL9288-2017.

Por lo visto el cargo no prospera.

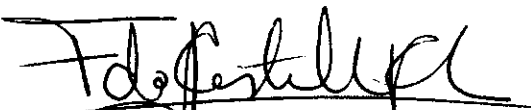
Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte demandada recurrente. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$7.500.000, las cuales liquidará el Juzgado de Primera Instancia conforme al artículo 366 del Código General del Proceso.

XI. DECISIÓN

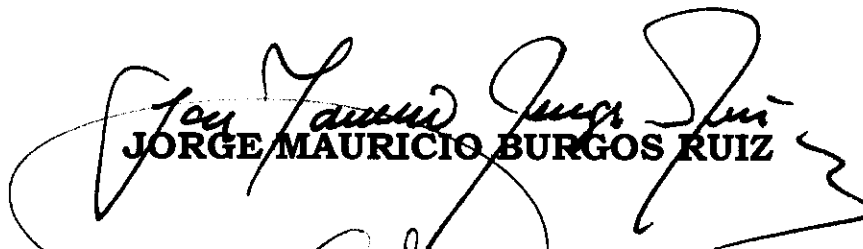
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el veintiocho (28) de junio de dos mil trece (2013) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **PEDRO TEODULO FORERO OLAYA y NOHEMÍ SIERRA DE FORERO** contra **LEONOR SARMIENTO DE PIMENTEL, CONSTANZA, BEATRIZ LILIA, JUANITA, JAIME ERNESTO y FELIPE PIMENTEL SARMIENTO**.

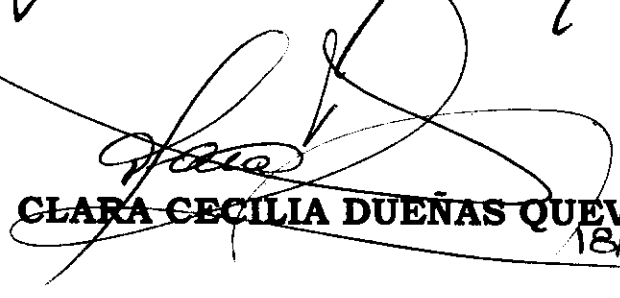
Costas como se anunciaron.

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

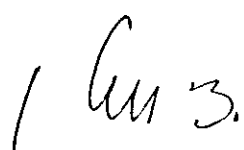

FERNANDO CASTILLO CADENA
acuerdo voto
Presidente de la Sala


GERARDO BOTERO ZULUAGA


JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ


CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

18/04/18


RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO


LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS


JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL

Se deja constancia que el día 30 de mayo de 2018 se desfija edicto

Bogotá, D.C. **30 MAYO 2018 8 A.M.**

Secretario

SECRETARIA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que el día 30 de mayo de 2018 se desfija edicto

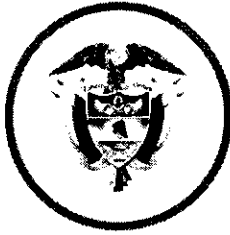
Bogotá, D.C. **30 MAYO 2018 5 P.M.**

SECRETARIA

SECRETARIA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que el día 5 de junio de 2018 se desfija edicto
Bogotá, D.C. **5 JUN. 2018 5 P.M.**

Secretario



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

GERARO BOTERO ZULUAGA

Magistrado Ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n°67359

**REFERENCIA: LEONOR SARMIENTO DE PIMENTEL
Y OTROS VS. NOHEMÍ SIERRA DE FORERO Y OTRO**

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala, en esta oportunidad me permito aclarar el voto toda vez que si bien comparto la posición según la cual, la afiliación del actor al Instituto de Seguros Sociales para el cubrimiento de las contingencias de Invalidez, Vejez y Muerte –IVM- efectuada solo desde **marzo de 1995**, trae como consecuencia necesaria y rigurosa la condena por concepto de *cálculo actuarial (título pensional)*, mi criterio entorno a los efectos del llamamiento a inscripción por parte del ente de seguridad social es otro.

Me explico. Únicamente a partir de ese suceso- llamamiento a inscripción- se generan consecuencias jurídicas representadas en la respectiva vinculación y en la obligación de pagar los aportes a la seguridad social, dando así pie a *derechos eventuales* respecto de las prestaciones económicas que otorgaba el programa de seguridad social

estatuido en la Ley 90 de 1946, cuya última reglamentación, antes de la vigencia del Sistema General de Pensiones, quedó plasmada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

De suerte que, mientras el empleador no hubiera sido llamado a inscribirse al Instituto de Seguros Sociales, debía responder por las obligaciones pensionales en los estrictos términos del Código Sustantivo de Trabajo o, de la Ley 171 de 1961; razón por la cual entiendo que no hay un fundamento jurídico palmario para reivindicar, con título pensional, los tiempos de servicios prestados con anterioridad a dicho llamamiento a inscripción. Para ello, la norma reglamentaria creó un verdadero régimen de transición a través de la compartibilidad de la pensión legal de jubilación.

Empero, si el empleador era llamado a inscripción y no lo hacía, según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990, debía responder por las prestaciones, en las mismas condiciones en que lo hubiera hecho el ISS de haberse satisfecho las obligaciones consagradas en sus reglamentos, norma que fue matizada en sus efectos por el literal c) del original artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en este caso concreto, como el deber de afiliación obligatoria, para empresas que reconocían y pagaban sus propias pensiones, surgió con la expedición de la Ley 100 de 1993, se generan afectaciones sobre las

obligaciones pensionales de los empleadores que de hecho o derecho siguieran reconociendo y pagando sus propias pensiones. Como el demandado no perdió la condición de empresa que reconocía y pagaba sus propias pensiones al **23 de diciembre de 1993**, por el simple hecho de la afiliación realizada, (a partir de marzo de 1995), surgió la obligación de convalidar los tiempos de servicios prestados a través de la suscripción y pago del respectivo título pensional, en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1887 de 1994.

De esta forma queda aclarada mi posición jurídica y la razón por la cual apoyé con mi voto la presente decisión.

Fecha ut supra



FERNANDO CASTILLO CADENA