GERARDO BOTERO ZULUAGA
Magistrado ponente

SL1982-2019
Radicación n.°63129
Acta 19

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **TRANSPORTES FLUVIALES BERNARDO MONSALVE Y CIA LTDA**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral en Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 31 de octubre de 2012, en el proceso que instauró **BENJAMÍN MENESES GUTIÉRREZ** contra la recurrente.

I. ANTECEDENTES

Benjamín Meneses Gutiérrez peticionó, que se declarara la existencia de una relación de trabajo subordinada entre el 2 de noviembre de 1969 y el 30 de abril de 2001, y como consecuencia de ello, se ordene reconocer y pagar la pensión sanción, en razón a que el

empleador no trasladó al sistema, en el período comprendido entre el 2 de noviembre de 1969 y el 19 de septiembre de 1993, los aportes a pensión. De manera subsidiaria solicitó, que se condene a la demandada a pagar el cálculo actuarial por cuenta de los aportes dejados de consignar en dicho período, que se condene extra y ultra petita, y las costas del proceso.

Esgrimió, que empezó a laborar con la demandada, el 2 de noviembre de 1969, y terminó la prestación del servicio, el 30 de abril de 2001; que el último cargo desempeñado fue el de jefe de personal con un salario de $1.400.000; que la demandada tan sólo lo afilió al sistema general de pensiones, a partir del 20 de septiembre de 1993; que el 22 de octubre de 2010, radicó derecho de petición a la empresa, con el fin de solicitarle el traslado de los aportes a pensión por el período en que no cumplió con la obligación legal; que en esa misma fecha, presentó solicitud al Instituto de Seguros Sociales –ISS- a efectos de que iniciara las acciones de cobro respectivo contra el empleador; que la única respuesta que recibió provino del ISS, quien el 5 de noviembre de 2010, le informó que *"...consultado el sistema de afiliación y registro, se encontró que el empleador antes precitado, registra afiliación del señor BENJAMIN MENESES GUTIERREZ, CC. No. 7.471.296 desde el mes de septiembre hasta agosto del año 2000."*; que nació el 20 de octubre de 1952, por lo que a la fecha de presentación de la demanda, contaba con 59 años (folios 1 a 5).

Al responder, el apoderado judicial de la parte pasiva, aceptó la existencia de la relación laboral, pero precisó que, a partir del 1° de febrero de 2000, operó la sustitución patronal entre la empresa Bernardo Monsalve Aguirre y Transportes Fluviales Bernardo Monsalve y Cía. Ltda., además de que el último salario devengado fue la suma de $800.000.

Indicó que, efectivamente, el 26 de abril de 2001, terminó el vínculo laboral, pero por mutuo acuerdo, plasmado en una conciliación ante el Ministerio del Trabajo, en la cual quedaron acordados todos los derechos laborales, incluso, lo relacionado con las obligaciones al sistema de seguridad social. Propuso las excepciones de cosa juzgada, prescripción, inexistencia de la obligación y compensación (folios 37 a 46).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito Judicial de Barranquilla, en pronunciamiento de 24 de julio de 2012, absolvió a la demandada de la pensión sanción, pero en su lugar, la condenó a reconocer y pagar a favor del demandante y a órdenes del Instituto de Seguros Sociales, los aportes dejados de trasladar por el lapso solicitado en la demanda, sin perjuicio de los intereses de mora y la multa que debe cancelar la empresa a la entidad de seguridad social. No impuso costas en esa instancia (folios 73 a 84).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al definir la apelación de la parte demandada, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en pronunciamiento de 31 de octubre de 2012, confirmó la decisión de primer grado, y le impuso las costas de segunda instancia a la pasiva.

Señaló, que acorde con lo previsto en el artículo 15 del CST, es válida la conciliación sobre derechos laborales, siempre y cuando tengan la categoría de inciertos y discutibles.

En ese sentido, y apoyado en sentencias del 8 de junio de 2011, radicado 35157 y del 14 de diciembre de 2007, radicado 29332 de la CSJ, acotó, que como los aportes a pensión contribuyen a la causación de la prestación, deben considerarse como un derecho cierto e indiscutible. Indicó que *"...existe la certeza de que con dichas condiciones y elementos se logrará estructurar. Por tanto, dicho concepto no se tiene como conciliado por las partes."*.

Con respecto al argumento de la empresa, consistente en que de mantenerse la declaración del derecho, sólo se debe condenar al pago de la diferencia, lo despachó negativamente, señalando que *"...dicha pretensión no tiene sustento toda vez que dependía de la anterior. Esto es, que siendo que no se consideran conciliados los aportes, debe entonces la demandada cancelar dicho valor a la administradora de pensiones del ISS con la cual debe entrar a examinar el monto de los mismos, con base en el*

cálculo actuarial correspondiente, ello conforme a lo dispuesto en el literal d), inciso penúltimo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993...".

Y, finalmente, sobre la compensación reclamada por el empleador con respecto a la suma entregada directamente al trabajador en la conciliación por concepto de aportes a pensión dejados de trasladar al sistema, también negó esa petición, pues en su criterio, el demandante no es deudor de la empresa, al tenor de lo previsto en el artículo 1716 del Código Civil. Precisó que *"...[e]n este evento, teniendo en cuenta que no se tiene como conciliado dicho concepto, el actor no es deudor del demandado, por tanto no se cumple con uno de los requisitos para que prospere dicha excepción. Aunado a ello, no se tiene el cálculo actuarial de dichos aportes para luego determinar si la suma cancelada por la demandada extingue o no la obligación contraída con su extrabajador...".*

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Aspira la parte recurrente que *«Case la sentencia recurrida, para que luego en sede de instancia, revoque parcialmente la sentencia del a quo en lo que nos fue adverso... y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones de la demanda».*

Subsidiariamente solicitó *«...Case la sentencia parcialmente en lo relacionado a no declarar probada la excepción de compensación, para que luego en sede de instancia, revoque parcialmente la sentencia*

del a quo en el sentido de declarar probada la excepción de compensación y disponer que el valor que tenga que pagar mi representada por cálculo actuarial como resultado de este proceso, se le descuente lo que ya pagó al demandante por concepto de conciliación de aportes a pensión, suma que debe actualizarse o indexarse. Quedándole a mi representada solo la obligación de pagar la diferencia, de existir, entre lo que arroje el cálculo actuarial y lo ya pagado, debidamente actualizado.".

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

VI. CARGO PRIMERO

Lo presentó así *«Se acusa la sentencia recurrida por la vía directa y en la modalidad de interpretación errónea del artículo 15 del CST, en relación con los artículos 28 (Compilado D. 1818 de 1998, artículo 44) y 78 (Compilado D. 1818 de 1998, artículo 54) del Código de Procedimiento Laboral y el artículo 78 del decreto 1818 de 1998, artículo 33 de la Ley 100 de 1993, artículo 57 del decreto 1748 de 1995».*

Adujo que dada la vía escogida, acepta los extremos de la relación laboral, el período en el que dejó de efectuar los aportes al sistema, la fecha de nacimiento del actor y que para la fecha de terminación del vínculo, fue celebrada una conciliación.

La inconformidad presentada con la decisión de segunda instancia, estriba en que no está de acuerdo en que haya señalado, que no era viable conciliar los aportes a pensión dejados de trasladar al sistema, por tratarse de

derechos ciertos e indiscutibles. Para el recurrente, el juzgador erró en su juicio sobre lo que debe entenderse por un derecho cierto y discutible, pues si le hubiera dado un acertado entendimiento, la solución del caso hubiera sido otra.

Para la censura *«...del fallo se colige que para el Juez es ineficaz toda conciliación de aportes a pensión, si con el pago de las cotizaciones adeudadas se cumple el requisito de semanas cotizadas o lo que denomina el Tribunal estructuración del derecho...Tal ratio decidendi desconoce que para pensionarse por vejez o que las reclamaciones por cotizaciones no efectuadas sean ciertas, se requiere ineludiblemente un segundo requisito, la edad. Mientras no se den los dos requisitos tiempo de servicios o cotizaciones y edad no son ciertos los derechos u obligaciones que antes mencionamos.».*

Continuó afirmando, que como para la fecha de la conciliación, el trabajador no tenía la edad requerida para acceder a la pensión, no podía concluirse que los aludidos aportes no trasladados eran inconciliables, pues se estaba en presencia de un derecho incierto.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusó *«la sentencia recurrida por la vía indirecta y en la modalidad de aplicación indebida del artículo 15 del CST, en relación con los artículos 28 (Compilado D. 1818 de 1998, artículo 44) y 78 (Compilado D. 1818 de 1998, artículo 54) del Código de Procedimiento Laboral y el artículo 78 del decreto 1818 de 1998, artículo 33 de la Ley 100 de 1993, artículo 57 del decreto 1748 de 1995».*

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

1. *Dar por demostrado, no estándolo, que la pensión de vejez del actor era un derecho cierto.*
2. *No dar por demostrado, estándolo, que el demandante al momento de suscribir el acta de conciliación no cumplía con el requisito de edad para pensionarse.*
3. *Dar por demostrado, no estándolo, que mi representada fue quien no canceló los aportes en pensión al demandante, no su antiguo empleador sustituido por mi poderdante.*
4. *No dar por demostrado, estándolo, que mi poderdante sustituyó patronalmente al antiguo empleador del actor a partir de febrero de 2000.*
5. *No da por demostrado, estándolo, que en el acta de conciliación celebrada por las partes, se conciliaron válidamente los aportes en pensión no realizados por el primigenio empleador del actor.*
6. *No dar por demostrado, estándolo, que en el acta de conciliación que suscribieron las partes, el actor pidió que se le cancelaran directamente los aportes a pensión no realizados, petición a la que accedió mi representada, pagándole una importante suma con las que se conciliaban sus diferencias sobre dicho punto.*

Como pruebas erróneamente apreciadas reseñó el acta de conciliación (folios 47 y 48), la demanda (folios 1 a 5), contestación de la demanda (folios 37 a 46) y la apelación (folios 86 y 87).

En la demostración aseguró, que en la demanda, se indicó que el actor nació el 20 de abril de 1952, lo que significaba, que para la fecha en que se celebró el acta de conciliación, el trabajador hasta ahora contaba con 48 años, es decir, que le faltaban más de 11 años, para cumplir la edad mínima de pensión.

Igualmente, en el acta de conciliación quedó establecido, que la demandada ostentaba la calidad de

empleador sustituto, y por ello, aceptó entregar al trabajador un dinero por concepto de aportes no efectuados por el antiguo empresario.

Y que *«...a partir del 20 de septiembre de 1993 el demandante fue afiliado al ISS y se le cotizó hasta la culminación del contrato 30 de abril de 2001, así quedo (sic) sentado en acta de conciliación y por eso en la demanda solo pretende las cotizaciones de 1993-09 hacia atrás.//Bajo los anteriores supuestos podemos decir que está más que acreditado que el derecho a la pensión del demandante era incierto, como también que era discutible la responsabilidad de mi representada por una cotizaciones hechas por un empleador sustituto. En consecuencia, erró protuberantemente el Tribunal al declarar lo contrario.»*

VIII. CONSIDERACIONES

La Sala estudiará conjuntamente los anteriores cargos, en razón a que, aun cuando se dirigen por distintas vías, enuncian igual elenco normativo, contienen argumentación complementaria y persiguen el mismo fin, esto es, que se defina, si el Tribunal contravino el ordenamiento jurídico, al considerar que los aportes a pensión dejados de trasladar a la administradora de pensiones correspondiente por un período del contrato de trabajo, son un derecho cierto e indiscutible, y por tanto, no susceptible de conciliación, al tenor de lo previsto en el artículo 15 del CST, en concordancia con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Para el efecto, y partiendo de la lectura de la acusación, se desprende que no está en discusión la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, sus extremos, los cuales quedaron comprendidos, entre el 2 de noviembre de 1969 y el 30 de abril de 2001; la falta de traslado o pago de los aportes a pensión por el período comprendido entre el 2 de noviembre de 1969 y el 19 de septiembre de 1993; la fecha de nacimiento del demandante, lo cual ocurrió el 20 de octubre de 1952, y; la suscripción de un acta de conciliación, el 26 de abril de 2001, ante la Dirección Territorial de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico del Ministerio de Trabajo, que con respecto al punto que se discute, en su parte pertinente, el trabajador reclamó el *"...pago de todas las sumas no aportadas al I.S.S. por concepto de pensión desde el 01 de Enero de 1969 hasta el 19 de septiembre de 1993...Que solicito al EMPLEADOR, no consignar al I.S.S. el valor de las cotizaciones no aportadas y que éstas me sean entregadas directamente a mí. Que asumo directamente, la responsabilidad de la consignación al I.S.S., que garantice mi pensión futura de vejez."*, frente a lo cual respondió el empresario *"...Que estoy dispuesta a reconocer todas las prestaciones y demás emolumentos que por ley se adeudan al señor BENJAMIN MENESES GUTIERREZ, durante el tiempo que laboró en la Empresa que represento, además de los conceptos adeudados por el antiguo empleador...APORTES AL I.S.S. POR PENSIONES $45.365.191...Que acepto cancelarle al TRABAJADOR, directamente a él y bajo su responsabilidad, los aportes de pensión no consignados al I.S.S. por el antiguo empleador..."*.

Partiendo de lo anterior, sobre la conciliación en materia laboral, la Corte ha señalado, que en el mismo sentido que ocurre en otras ramas del derecho, es un

mecanismo de autocomposición, que con la ayuda de un tercero componedor, busca resolver las diferencias surgidas entre trabajador y empleador en el transcurso del contrato de trabajo, efectuándose concesiones mutuas.

Sin embargo, en este campo, ese ejercicio preventivo y solucionador de conflictos, tiene límites en el respeto a los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador, entendidos aquellos, como los que se han configurado por haberse cumplido los supuestos de hecho que determinan las normas que los consagran, por lo que para que pierda esa connotación, esto es, que un derecho sea discutible, y por ende susceptible de ser negociado, no basta con que el empleador lo cuestione en el llamado judicial, de manera tal que cualquier beneficio o garantía pueda ser renunciable por el trabajador, so pretexto de que el empleador controvierta su nacimiento, por lo que, se ha señalado, que *«...un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad...»* (CSJ SL, 14 dic. 2007, rad. 29332 y CSJ SL4464-2014, entre otras).

Igualmente, la Corte ha enseñado, que son posibles los acuerdos de las partes entorno a prerrogativas pensionales, en la medida que recaigan sobre simples expectativas, porque si ocurre lo contrario, esto es, que una vez el trabajador reúne los requisitos legalmente exigidos para acceder a una prestación pensional, obtiene la calidad de pensionado, por estar causada, y en esa medida, el operario

no puede disponer de ello, renunciando o aceptando suplir el derecho con otros emolumentos. En consecuencia, no adquieren dicha protección, aquellos eventos sobre los cuales no se ha consolidado una situación en derecho, pues tales garantías mínimas aún no se entienden incorporadas al patrimonio del trabajador, y en ese sentido, no tienen una limitación de orden público que impida su renunciabilidad.

En ese sentido, se requiere cuidado a la hora de plasmar el acuerdo de voluntades sobre ese tipo de temas, por la trascendencia que tienen las prestaciones pensionales en la vida del trabajador y su familia. Así, en sentencia SL1436-2018, la Corte reiteró la especificidad de los términos que deben utilizarse para conciliar esas expectativas, a efectos de que no quede duda, que esa fue la intención del empleado, y el contenido mismo del acuerdo, que en realidad permita suponer, que compensó el derecho pensional, que se aspiraba tener:

> *"(...) Desde el umbral se impone a la Corte rememorar y reiterar lo asentado, en línea de doctrina, en sentencia SL, del 20 de jun. 2012, rad. 48.043, reiterada en la SL 645 – 2013 y SL1179-2018, en cuanto a que las pensiones son una de las prestaciones de mayor importancia en el campo del derecho del trabajo y también de la seguridad social, no sólo por su incidencia económica, sino también por tratarse de un derecho eventualmente vitalicio y, además, sustituible.*
>
> *En ese horizonte, se exhibe necesario y riguroso que en los eventos en que un trabajador opte por conciliar "la expectativa" pensional que tuviere, así deberá decirse claramente en el cuerpo mismo del acta, de donde fluye que no es válido pretender incluir vocablos generales en el acuerdo que verse sobre tal punto, debiendo, entonces, tenerse que el convenio suscrito en tal sentido debe ser expreso, valga decir, que no genere duda sobre la intención de los comparecientes.*

Justamente, en providencia del 10 de noviembre de 1995, radicación 7695, traída a colación en las del 22 de septiembre de 1998, radicación 10805 y 19 de octubre de 2005, radicación 26266, la Corte, enseñó:

Conviene ante todo precisar que si bien un trabajador puede conciliar su expectativa de pensión jubilatoria que le reconocería directamente su empleadora, cuando no se ha consolidado al momento de la diligencia un derecho cierto en su favor, esa voluntad de ambas partes debe quedar plasmada de manera inequívoca en el texto del acuerdo conciliatorio, de suerte que no es dable inferirla de expresiones genéricas, vagas o imprecisas, en las que no se evidencie de manera meridiana que fue esa y no otra la verdadera intención de los conciliantes. Y además debe el funcionario que apruebe dicho arreglo amigable prestar especial atención a los convenios de esa clase para prevenir que con ellos se lesionen derechos indiscutibles de los trabajadores .

2°) Del acta de conciliación y su valoración.

Procede la Corte a verificar si en el acta de conciliación quedó plasmado, palmariamente, que la pensión de jubilación oficial estatuida en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, fue materia de conciliación, por las partes en contienda.

En el acta de conciliación suscrita entre las partes, que se considera indebidamente apreciada por la censura, se consignó expresamente que el actor le había prestado sus servicios a la empresa entre el 23 de junio de 1970 y el 26 de marzo de 1997 y que, entre otras, a través de dicho acuerdo, se daba «...solución total y definitiva a las posibles diferencias que existan o pudieren surgir entre el trabajador y la empresa...», así como que el trabajador se sometía a un plan de retiro voluntario y recibía una bonificación por retiro, con la cual se conciliaban «...los posibles derechos inciertos y discutibles...»

También se plasmó:

« 4 (...) El señor RUEDA V. JULIO declara que el contrato de trabajo con la EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE ASEO DE CALI EMSIRVA ESP queda finalizado, como ya se indicó, por mutuo acuerdo y consentimiento de las partes y con el reconocimiento y pago de la bonificación se concilian todos y cada uno de los posibles derechos inciertos y discutibles presentes, pasados y futuros que le pudieren corresponder, indemnización de cualquier índole, prestaciones extralegales, enfermedades y accidentes comunes o profesionales y en fin, cualquier otro originado en el mencionado contrato y en convenciones colectivas de trabajo.

5. El señor RUEDA V. JULIO, declara y acepta expresamente que durante su permanencia al servicio de la Empresa siempre estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES cotizando con la Empresa, por todos los riesgos profesionales incluyendo el de vejez, razón por la cual el Régimen Pensional suyo está totalmente a cargo del Seguro Social y por lo tanto, lo reclamará a dicho instituto una vez cumpla sus requisitos.

6. El señor RUEDA V. JULIO se compromete a no tener en el futuro ningún vínculo laboral con la Empresa; en caso de llegar a tenerlo, pese a la anterior afirmación, acepta que su régimen de pensión será el establecido por la Ley 100 de 1993.

7. El señor RUEDA V. JULIO se compromete a no presentar peticiones ni demandas referidas a beneficios convencionales en materia de jubilación. En el evento de que, a pesar de este compromiso, llegare a obtener alguna sentencia judicial que obligue a EMSIRVA ESP a pagarle pensión de jubilación, se compromete a reintegrar a EMSIRVA ESP el dinero que haya obtenido como bonificación por este retiro voluntario, actualizado con base en la variación del IPC certificado por el DANE, para lo cual el acta de conciliación que firmamos prestará mérito ejecutivo»

Con la mirada atenta que requiere la valoración de esta clase de acuerdos, precisamente por lo que está en juego según lo expresado anteriormente, en sentir de esta Corporación las partes no conciliaron «la expectativa» pensional que tuviera el actor, pues bien es verdad que lejos está de entenderse que el dicho del actor en torno a que «durante su permanencia al servicio de la Empresa siempre estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES cotizando con la Empresa, por todos los riesgos profesionales incluyendo el de vejez, razón por la cual el Régimen Pensional suyo está totalmente a cargo del Seguro Social y por lo tanto, lo reclamará a dicho instituto una vez cumpla sus requisitos», sea suficiente y patente para comprometer, irrestrictamente, su querer y deseo de conciliar «la expectativa» pensional. Por el contrario, de lo expresado por el promotor del litigio, puede emanar que el empleador en vigencia de la relación laboral cumplió con la obligación legal de afiliarlo y de cotizar al sistema general de pensiones, pero nada más.

Ahora bien, una cosa se exhibe insoslayable y es que, como en múltiples oportunidades lo ha asentado la Corte, el empleador oficial no se exonera de reconocer y pagar la pensión de jubilación oficial de la Ley 33 de1985 por el mero hecho de haber afiliado a sus trabajadores en el otrora Instituto de Seguros Sociales, para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte. Baste consultar los fallos SL, del 20 de feb. 2007, rad. 29.120, reiterado en las sentencias SL, del 24 de may. 2011

y SL, del 13 de feb. 2013, rads. 40.226 y 43.715, respectivamente.

También nótese que en el acta de conciliación el pago de la bonificación de $36.803.636,oo siempre estuvo relacionado con el retiro del trabajador, de manera que resultaba razonable inferir que dicha cifra compensaba esa terminación del vínculo y no otras prestaciones como la pensión de jubilación legal de la Ley 33 de 1985, toda vez resultaba del todo desproporcionado pensar que con esa cifra se podía conciliar una expectativa pensional vitalicia. (...)".

En ese orden de ideas, se tiene, que la conciliación celebrada entre las partes tiene validez, salvo que transgreda derechos mínimos, ciertos e indiscutibles; que es lo ocurrido en este caso, por ende, a ese acto no se le puede otorgar los efectos de cosa juzgada que se predica normalmente de este instrumento, en la medida en que recayó sobre una prerrogativa legal irrenunciable, como lo es la financiación o los aportes que permiten estructurar la prestación pensional por vejez del trabajador, por un período considerable de casi 24 años de servicio.

No podían las partes disponer de ese derecho común a todo trabajador y correlativa obligación del empleador, que desde la expedición de la Ley 90 de 1946, y obligatoriamente, a partir del 1° de enero de 1967, por cuenta del Acuerdo 244 de 1966, requirió la afiliación y consiguientes aportes al entonces Instituto de Seguros Sociales, con el propósito de cobijar los riesgos por invalidez, vejez y muerte, lo cual, a partir de la Ley 100 de 1993, se convirtió en universal y categórico, tal como lo dispuso el artículo 22; de suerte que por la sola existencia del contrato de trabajo, surgía la necesidad de afiliar y

aportar al organismo encargado en ese momento de administrar los recursos de trabajadores y empleadores, que permitían ir ampliando la base de financiación de las prestaciones que se iban reconociendo y las que se causarían en el futuro, como una exigencia cierta y previamente definida por el legislador.

Y es que es tan importante ese consolidado pensional, fruto del esfuerzo laboral, en la medida en que es el que permite que se consolide el derecho, pese a las diversas modificaciones legislativas que ha tenido, pero que siempre ha puesto de presente el número de semanas efectivamente cotizadas o el tiempo de servicio, para completar uno de los elementos de causación, tanto que con la Ley 100 de 1993, en su artículo 33, y luego con la introducción de la Ley 797 de 2003, se validó la posibilidad de aceptar los períodos laborales con empleadores públicos y/o privados, previa constitución de una garantía material y real que cubriera la erogación de la prestación pensional, a través de un cálculo actuarial.

De ahí que el trabajador no puede desprenderse del derecho a que su empleador satisfaga esa necesidad material, ahora con mayor razón, si la jurisprudencia de la Sala, ha consolidado la tesis, según la cual, cuando no habiendo afiliado el empleador al trabajador antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, o habiendo omitido la realización de cotizaciones antes de esa data, y por cuenta de ello, el trabajador no alcanza a contabilizar la densidad exigida para acceder a la pensión con las posteriores que

sufrague, el empresario deberá trasladar al fondo de pensiones escogido por el operario, el cálculo actuarial pertinente mediante un título o bono pensional, y las entidades administradoras, por consiguiente, tener en cuenta el tiempo en el que no hubo afiliación ni cotizaciones. (CSJ SL181-2018, CSJ SL553-2018, CSJ SL18906-2017, CSJ SL 14388-2015, CSJ SL 16086-2015, SL 2731-2015).

Así las cosas, no incurrió el Tribunal en los desaciertos que le aduce el recurrente, dado que no le dio validez a la conciliación, que tuvo por objeto negociar un derecho cierto e indiscutible del trabajador, tendiente a valerse de unos aportes que pertenecen al sistema general de pensiones, por el período comprendido entre el 2 de noviembre de 1969 y el 19 de septiembre de 1993, para estructurar el derecho pensional.

Cabe indicar, precisamente, porque a la fecha de terminación del contrato, el trabajador no había consolidado la situación jurídica pensional exigida para ese momento, por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 -ya que no tenía la edad mínima exigida por la norma, siendo un requisito para la causación del derecho- es que no podía renunciar a una posibilidad cierta y verdadera de que los aportes adeudados por ese período conformaran la pensión, con mayor razón, que no se trataba de cualquier lapso, sino uno que prácticamente lo ponía a un paso para esa consolidación; y en todo caso, habiendo constancia de la existencia del vínculo laboral, era deber del empleador la

afiliación al ISS, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, a efectos de que la pensión a futuro fuera asumida por el Sistema de Seguridad Social.

Asimismo, la entrega directa e inmediata al operario, por una suma única que compensara esa omisión del empleador en trasladar los aportes a la entidad de seguridad social, además de no contar en este caso con ningún parámetro técnico visible que proyectara la deuda acaecida hasta ese momento, desconoce que ese tipo de recursos no le pertenecen al trabajador sino al sistema; de ahí que la Corte sostenga la tesis sobre la improcedencia del pago efectuado al empleado por el tiempo servido, en la medida en que su destinatario es la administradora de pensiones, quien debe velar por su correcta gestión, con el propósito de cumplir con las prestaciones pensionales que le son exigibles por sus usuarios. Y mucho menos se le puede imponer la carga de asumir responsabilidades al trabajador, para que por su cuenta y riesgo, haga las gestiones ante el ente administrador, a efectos de que le reciba cualquier suma que constituya el fondo mínimo para cubrir los eventuales riesgos amparados por la seguridad social, como en este evento lo acordaron las partes.

En sentencia del 24 de abril de 2012, la Sala, retomando la del 4 de marzo de 2009, radicado No. 35546. Indicó:

> *"(...) La demandante reclama el pago de los aportes para pensión sin indicar el fondo de pensiones al cual debe hacerse dicho*

pago, que debió cancelar la demandada al Sistema General de Pensiones durante todo el tiempo servido.

Como se dijo en el precedente citado, para despachar desfavorablemente esta súplica, cabe advertir, que no resulta procedente ordenar el pago directo de estos emolumentos al trabajador demandante, y así lo definió la Sala en un asunto donde se ventilaba igual aspiración, en sentencia del 4 de marzo de 2009 radicado 35546 demanda contra la Embajada del Canadá, en la que se sostuvo:

"(....) No queda duda que lo perseguido por la demandante con esta pretensión es que se le pague directamente a ella los aportes a la seguridad social que no hizo en su oportunidad el empleador, lo que la torna improcedente, pues este tipo de contribuciones están establecidas por el legislador a cargo, tanto del empleador como del trabajador, con el fin específico de financiar los eventuales hechos que ampara la seguridad social, y su destinatario y administrador, en este caso, únicamente es el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, quien está legitimado para percibirlos. De modo que no cabe al trabajador pedir que se le cancelen directamente aquellos aportes que, en su oportunidad no hizo el empleador, porqué, sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que se puede pedir la devolución de aquellos efectuados de más, pero no el pago directo de aquellos que debieron hacerse y no se hicieron en su oportunidad.

Si bien es cierto que se ha aceptado por esta Sala que el trabajador está legitimado para demandar a su empleador por el pago de los aportes a la seguridad social, ello ha sido cuando la pretensión está encaminada a que la solución de los mismos se haga directamente a la administradora o fondo respectivo, dado su evidente interés en que se constituya el fondo mínimo necesario para el cubrimiento de los riesgos amparados por la seguridad social".

Por último, se debe destacar, que en la proposición jurídica de los cargos, el recurrente no señaló el artículo 69 del CST, en todo caso, en el desarrollo los mencionó, a efectos de cuestionarle una equivocada interpretación a la figura de la sustitución patronal, y una inadecuada valoración de las pruebas denunciadas, que supuestamente llevó al Tribunal a desconocer los efectos de la norma;

empero, ningún error por las dos vías se le puede atribuir al Tribunal, con respecto a la responsabilidad por el pago de los aportes a pensión, pues es claro que no podía referirse a ese aspecto, en la medida que fue aceptado tácitamente por el demandado al no haber efectuado algún reproche, a través del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls 86/87).

En consecuencia, en el recurso extraordinario, el recurrente no podía retomar ese argumento, que sólo quedó planteado en la contestación a la demanda, pero abandonado en el discurrir de la segunda instancia, y por ello, el juzgador de segundo grado, honrando el artículo 66 A del CPT y de la SS, dejó por fuera de su alcance tal tema.

Sobre la imposibilidad de la Corte para estudiar temas que no fueron objeto de apelación, la Sala se pronunció en sentencia SL 5569-2018:

> *"(...) Al respecto, advierte la Sala que no es posible someter a consideración el yerro mencionado, habida cuenta que el ad quem no se pronunció sobre la prescripción de las mesadas debido a que no fue materia del recurso de apelación que elevó la AFP demandada, circunstancia que impide efectuar un juicio de corrección en esta sede. Recuérdese que el recurso extraordinario se circunscribe a la sentencia de segunda instancia, y como en el sub judice no hubo pronunciamiento sobre la materia, tampoco es procedente analizarla en esta sede extraordinaria.*
>
> *Lo anterior, debido a que la posibilidad de impugnar en sede extraordinaria la sentencia de segunda instancia se limita a los aspectos dirimidos por ad quem; luego, si ese Colegiado guardó silencio sobre otros puntos por no haber sido puestos a su consideración a través del recurso de apelación, quien ha obviado controvertirlos de tal manera tampoco puede acusarlos en casación.*

Sobre el particular, es pertinente hacer alusión al precedente contenido en la providencia CSJ SL646-2013, reiterada recientemente en sentencia CSJ SL3760-2018, en la cual se expuso:

En cuanto a las diferentes inconformidades que plantea la recurrente en los 12 errores de hecho propuestos, debe decir la Sala, que se exhiben extemporáneas, habida cuenta de que ninguna de ellas fue objeto de descontento por parte de la universidad demandada al momento de sustentar el recurso de alzada interpuesto contra la decisión de primer grado, lo que, a no dudarlo, impide el examen por parte de la Corporación, toda vez que giran en torno a unos puntuales temas agotados en las instancias.

En ese horizonte, entonces, y siendo cristalino que en los términos de los artículos 57 de la Ley 2a. de 1984, y hoy del CPT y SS Art. 66 A, adicionalmente por la Ley 712 de 2001 Art 35, quien formule el recurso de apelación debe sustentarlo en debida forma ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, y por fuerza del principio de las limitaciones del recurso por razón de las posibilidades del tribunal de apelación, al fallador de segundo grado, por regla general, no puede exigírsele que actúe más allá de su ámbito de competencia, fijado por las partes en el recurso de alzada.

Se resalta que si la universidad agraviada guardó total mutismo al momento de sustentar la impugnación, en relación con la mayoría de los hechos que encontró acreditados el juez a-quo, ello en rigor supone que se conformó con la decisión que tuvo como báculo dichos supuestos fácticos. Por consiguiente, carecía el Tribunal de competencia totalizadora para examinar temas que no le fueron propuestos y de paso también la Corte Suprema de Justicia. Dicho en breve: no es dable imputarle al juzgador la comisión de unos errores en relación a unos aspectos frente a los cuales no hubo pronunciamiento, precisamente porque no fueron materia de apelación.

Acá se ofrece de trascendencia memorar lo enseñado por esta Sala en sentencia del 28 de febrero de 2008, radicación 29.224, en torno al postulado de las limitaciones del recurso por razón de las posibilidades del tribunal de apelación, "principio según el cual al fallador de segundo grado no puede exigírsele que actúe más allá de su ámbito de competencia, fijado por las partes; como también se desprende de lo explicado por la Corte de tiempo atrás en asuntos similares al presente (...)".

Por lo tanto, ningún dislate jurídico pudo cometer el colegiado en ese punto, si tal cuestión no hizo parte de la

fundamentación del fallo, ni mucho menos, enrostrársele equivocada valoración probatoria, máxime que el acta de conciliación, objetiva y diáfanamente da cuenta que la demandada aceptó sin restricción alguna, asumir entre otras obligaciones, la responsabilidad por la omisión en el pago de los aportes del antiguo empleador.

Así quedó contemplado en el aludido instrumento (fl 47 reverso):

> *"...2.4- Que acepto cancelarle al TRABAJADOR, directamente a él y bajo su responsabilidad, los aportes de pensión no consignados al I.S.S. por el antiguo empleador..."*

Por lo dicho, no prospera el cargo.

IX. CARGO TERCERO

Acusó *«la sentencia recurrida por la vía directa y en la modalidad de interpretación errónea de los artículos 1714, 1715. 1716, 1717, 1524 del Código Civil, en relación con el artículo 15 del CST, artículos 28 (Compilado D. 1818 de 1998, artículo 44) y 78 (Compilado D. 1818 de 1998, artículo 54) del Código de Procedimiento laboral y el artículo 78 del decreto 1818 de 1998, artículo 33 de la Ley 100 de 1993, artículo 57 del decreto 1748 de 1995.»*

En la demostración indicó, que no discutía que las partes habían celebrado una conciliación, y que en virtud de dicho acuerdo, el empleador entregó al trabajador la suma de ochenta millones de pesos, de los cuales $45.365.191, tenían como fin, transar los aportes a pensión

no efectuados desde el inicio del contrato de trabajo, hasta el 20 de septiembre de 1993.

Con base en ello, y de aceptarse que el convenio con el trabajador en ese punto no era válido por recaer en derechos ciertos e indiscutibles, era evidente que las cosas deben volver a su estado anterior, lo que implica que el trabajador debe devolver lo que el empleador le entregó por concepto de aportes.

Precisó, que en esa medida, resulta desacertada la conclusión del Tribunal que negó la compensación, al considerar que el trabajador no podía ser considerado deudor del empleador.

Para el recurrente, dicho argumento es *«...totalmente errado, porque es todo lo contrario, el hecho de darle ineficacia a la conciliación en lo que se refiere a los aportes a pensión, conlleva que lo reconocido por dicho concepto deba entrar a compensarse con la obligación que surge en la condena judicial.//El pago dado en la conciliación era por los aportes a pensión no efectuados y la condena es por esos mismos aportes, los dos conceptos son excluyentes.//Entonces al momento de declarar ineficaz el acuerdo, pierde su sustento y causa la bonificación que conciliaba la diferencia, quedando el demandante con un dinero o derecho que no le corresponde en virtud de la sentencia o reclamación por él pretendida. En consecuencia, se debe cruzar o compensar las obligaciones de las partes, quedándole a mi representada solo la obligación de pagar la diferencia, de existir, entre el cálculo actuarial objeto de condena y lo que antes mi mandante le reconoció al accionante en la conciliación, debidamente indexado.»*

Añadió, que incluso, también erró el Tribunal, al concluir que no era viable aceptar la compensación, pues a la fecha no se tenía el valor del cálculo actuarial, desconociendo que eso no es impedimento para ajustar las obligaciones de cada parte, dado que genéricamente, como se hace en otros eventos, v. gr el reintegro, se autoriza al empleador descontar lo entregado al trabajador, a efectos de evitar un enriquecimiento sin causa.

X. CARGO CUARTO

Acusó *«la sentencia recurrida por la vía indirecta y en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 1714, 1716, en relación con el artículo 15 del CST, artículos 28 (Compilado D. 1818 de 1998, artículo 44) y 78 (Compilado D.1818 de 1998, artículo 54) del Código de Procedimiento Laboral y el artículo 78 del decreto 1818 de 1998, artículo 33 de la Ley 100 de 1993, artículo 57 del decreto 1748 de 1995.»*

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

1. *No dar por demostrado, estándolo, que con los efectos de la condena, ipso facto el actor se convierte en deudor de mi representada en la suma que ésta le reconoció para conciliar lo referente a cotizaciones no efectuadas.*

2. *No dar por demostrado, estándolo, que en el evento de la condena, el demandante adeudaría a mi representada la suma $45.365.191, más su respectiva indexación.*

Como pruebas erróneamente apreciadas reseñó el acta de conciliación (folios 47 y 48), la demanda (folios 1 a 5),

contestación de la demanda (folios 37 a 46), la apelación (folios 86 y 87) y la sentencia, y como no apreciadas, los recibos con los cuales se canceló al trabajador las sumas reconocidas en la conciliación (folios 53 a 56).

En la demostración del cargo expuso, que si se acepta que la conciliación no puede recaer sobre los aportes a pensión no efectuados en su momento por el empleador, tal como quedó constancia en el acta respectiva, era evidente que el trabajador quedaba en su patrimonio con una valor que no le pertenece, en la medida que perdía su causa, en razón a que el empleador no podía hacerle entrega directa de ese dinero con el objetivo de solucionar el tema pensional.

Indicó, que la ineficacia de la conciliación en ese punto, trae como consecuencia que se hagan los cruces de cuentas respectivos.

XI. CONSIDERACIONES

Se estudian conjuntamente los cargos, toda vez que ambos, aunque formulados por vías distintas, tienen el propósito de descalificar el raciocinio del Tribunal, de no aceptar la compensación propuesta por el demandado, con respecto al valor entregado directamente al trabajador en la conciliación del 26 de abril de 2001, relacionado con los aportes a pensión durante un período del contrato de

trabajo, y que por la condena, el empleador debe trasladar al sistema pensional.

La compensación es un modo de extinguir las obligaciones, acorde con lo previsto en el artículo 1625 del Código Civil, y para que se configure, se requiere la existencia simultánea de obligaciones recíprocas entre las partes.

Tal figura resulta aplicable al campo laboral, y de hecho, la jurisprudencia de la Sala, en diversos temas la ha aplicado, con el fin de mantener un equilibrio en el patrimonio de los contendientes, cuando quiera que éstos resultan deudores y acreedores entre sí.

Así, por ejemplo, cuando ha encontrado que las sumas pagadas en exceso al trabajador afectan al empleador, ha ordenado su descuento; también ha permitido la compensación de los salarios y prestaciones a cancelar por efectos del reintegro, de manera que ha autorizado al empleador descontar lo pagado por despido injusto (CSJ SL20195-2017, CSJ SL7805-2016); igualmente, ha habilitado al empleador para compensar en la liquidación final de salarios y prestaciones, los préstamos otorgados al trabajador en vigencia del contrato (CSJ SL6794-2015); incluso, pese a que en la contestación de la demanda no se haya alegado esta figura como excepción, al determinarse la procedencia de la pensión de sobrevivientes, ha aceptado que la suma reconocida por concepto de indemnización sustitutiva se tenga como un pago parcial de la obligación

(CSJ SL11546-2015), o la posibilidad de descontar las sumas pagadas por indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o sobrevivientes, de la suma que se debe pagar por la prestación pensional principal (CSJ SL1624-2018, SL1515-2018, SL6106-2017), como ejemplos más próximos.

Sin embargo, tal aspecto no es viable aplicarlo en este asunto, por cuanto no se cumple con el presupuesto de la existencia de obligaciones recíprocas entre las partes, en la medida que, como se analizó en los anteriores cargos, los aportes a pensión, los cuales valga la pena reiterar, se pueden reclamar en cualquier tiempo, y por ello gozan de imprescriptibilidad (CSJ SL738-2018, CSJ SL, 9 ag. 2006, rad. 27198, CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, CSJ SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL16856-2016 y CSJ SL2944-2016), no le pertenecen al trabajador, sino al Sistema de Seguridad Social Integral, el cual tiene la finalidad de administrar dichos aportes, para en un futuro, otorgar las diferentes prestaciones económicas contempladas en la ley.

Entonces, la deuda del empleador, aunque como lo ha precisado la Sala en otras oportunidades, legitima al trabajador a exigir su reconocimiento (CSJ SL9808-2015, o CSJ radicación 34624), no es éste el depositario de esos recursos, sino las administradoras del sistema, encargadas de velar por su correcta gestión y posterior satisfacción de las prestaciones económicas pensionales, tanto, que para mantener el equilibrio financiero, y aprovechando su

posición, prioritariamente son las encargadas de adelantar las acciones de cobro de las cotizaciones en mora.

En ese sentido, el trabajador no se convierte en deudor del empleador por este concepto, pese a haber recibido un dinero con ese propósito, ya que es una obligación del empresario con el sistema, pero que tiene como beneficiario al servidor.

Además, sería desproporcionado pensar en que se puedan compensar este tipo de obligaciones con el directo trabajador, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final, que asumir por su cuenta el derecho, y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, llegando hasta el punto de desanimarlo en su aspiración pensional, descargando al empleador omiso de sus compromisos legales.

Cabe señalar, que la Corte no desconoce que por cuenta de la ineficacia de la conciliación sobre el derecho cierto, indiscutible e irrenunciable del trabajador de valerse de los aportes que permiten la construcción de su derecho pensional, existe un valor económico que quedó en el patrimonio del trabajador, sin un fundamento de peso que lo haga merecedor legítimo de ese dinero, pero ese supuesto tocaría con la institución del pago de lo no debido, regulada por los artículos 2313 a 2331 del Código Civil, por lo que, serían otras las acciones legalmente procedentes para casos como ese, pero de todas formas ajenas al fenómeno

extintivo de las obligaciones recíprocas mediante la compensación de deudas.

En consecuencia, el Tribunal no pudo cometer los yerros que se endilgan, por lo que los cargos no prosperan.

Pese a que el recurso fue impróspero, como no hubo réplica, no se causan costas.

XII. 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 treinta y uno (31) de octubre de dos mil doce (2012) por la Sala de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **BENJAMÍN MENESES GUTIÉRREZ** contra **TRANSPORTES FLUVIALES BERNARDO MONSALVE Y CIA LTDA.**

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

SECRETARIA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, queda ejecutoriada la presente providencia
Bogotá, D.C. 27 JUN 2019 Hora: 5 P.M

Secretario

FERNANDO CASTILLO CADENA

Adelro voto

SECRETARIA SALA DE CASA

Se deja constancia que en la fecha se desfija edicto
Bogotá, D. C. 21 JUN. 2019 5 P.M

SECRETARIA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

29/05/19

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL

Se deja constancia que en la fecha se fijo edicto
Bogotá, D C 21 JUN. 2019 8 A.M

Secretario

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

GERARDO BOTERO ZULUAGA
Magistrado Ponente

ACLARACIÓN DE VOTO
Radicación n°63129

REFERENCIA: BENJAMÍN MENESES GUTIÉRREZ vs. TRANSPORTES FLUVIALES BERNARDO MONSALVE Y CÍA L.T.D.A.

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 **septiembre de 1993**, 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