



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 2

CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO

Magistrado ponente

SL2949-2022

Radicación n.º 88178

Acta 26

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de julio de dos mil veintidós (2022).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **MARÍA LUDIBIA MENDOZA SÁENZ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), en el proceso que le instauró a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y a **SANDRA LILIANA LÓPEZ DUQUE**.

Se reconoce personería al abogado Luis Enrique Salinas López, como apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder que obra a folio 34 del cuaderno de la Corte.

I. ANTECEDENTES

María Ludibia Mendoza Sáenz llamó a juicio a Colpensiones y a Sandra Liliana López Duque, para que declarara que, con la última, suscribió cuatro contratos de trabajo a término fijo, así: *i)* del 1º de octubre de 2010 al 31 de enero de 2011, *ii)* del 3 de octubre de 2011 al 31 de enero de 2012, *iii)* del 1º de octubre de 2012 al 31 de enero de 2013 y, *iv)* del 1º de octubre de 2013 al 31 de enero de 2014; periodos por los cuales la empleadora debía pagar el cálculo actuarial a la administradora pública de pensiones y ésta, a su vez, convalidar dichos aportes.

Deprecó, igualmente, que se condenara a Colpensiones a reconocerle la pensión de invalidez, desde el 1º de febrero de 2013, así como a entregarle las mesadas causadas desde dicha calenda hasta el 1º de enero de 2017, *«toda vez que, la entidad la viene pagando desde el 1º de enero del año 2018, que ascienden a la suma de CUARETA Y DOS MILLONES ONCE MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$42.011.786.00)»*.

Narró que en el 2014 la EPS le ordenó una cirugía de rodillas, porque ya no podía desplazarse ni laborar; que el 4 de diciembre de ese año, fue valorada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 50,62 %, estructurada el 1º de febrero de 2013, de origen común.

Adujo que solicitó la prestación a Colpensiones en el

2015, pero la entidad se la negó argumentando que no acreditaba la densidad de semanas exigidas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Señaló que, en el mes de diciembre de 2015, pidió a Sandra Liliana López Duque que pagara ante Colpensiones, los aportes por los periodos en los que laboró para ella, cuidando a su hija menor y realizando labores de limpieza, pero no recibió respuesta.

Resaltó que en el año 2017 requirió nuevamente el reconocimiento de la prestación, pero le fue rechazada, por lo que instauró una acción de tutela para que se le ampararan sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas; que mediante fallo del 23 de junio de 2017, el juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, concedió la protección y ordenó a Colpensiones que reconociera y pagara, de manera transitoria, la pensión de invalidez, lo cual fue cumplido con Resolución n.º SUB 292362 del 19 de diciembre de esa anualidad, donde se precisó que sería ingresada en nómina el 1º de enero de 2018, durante cuatro meses, siempre y cuando demostrara haber iniciado las acciones judiciales respectivas (f.º 2 a 3, cuaderno del juzgado).

Sandra Liliana López Duque no mostró resistencia a las pretensiones relacionadas con la declaratoria de existencia de los contratos de trabajo y con el pago del cálculo actuarial por dichos periodos; frente a las restantes, aseguró que no se

pronunciaba ya que eran «*de puro derecho y versa[ban] sobre el cumplimiento o no de requisitos legales para acceder a una prestación que otorga una entidad del Estado*».

Manifestó que no le constaban los hechos relacionados con la negativa de la pensión de invalidez y con la cirugía de rodillas y aceptó los restantes, incluidos los relativos a la existencia de los contratos de trabajo en la forma indicada en el libelo; propuso la excepción de mérito de buena fe (f.º 51 a 53, cuaderno *ibidem*).

Colpensiones se opuso a las pretensiones; aceptó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, la fecha de estructuración y el origen, su negativa a reconocer la prestación, el cumplimiento a la orden de tutela en la forma indicada en la demanda y, respecto de los demás, dijo que no le constaban.

Planteó como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, «*imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal*», buena fe, «*imposibilidad de condena en costas*», prescripción y genérica (f.º 63 a 68 *ib*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, el 5 de marzo de 2019, negó las pretensiones de la demanda (f.º 76, en concordancia con el CD de f.º 77 *ib*).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, al resolver el recurso de apelación de la demandante, el 7 de noviembre de 2019, confirmó la primera decisión.

Dijo que debía determinar si procedía la elaboración del título pensional, por deuda del empleador, frente al reclamo de la pensión de invalidez y si la actora acreditó las condiciones necesarias para acceder a la prestación solicitada.

Rememoró que, en cuanto a la falta de afiliación del trabajador por parte del empleador, la jurisprudencia de esta Corte ha sido pacífica en orientar que al dador del empleo le corresponde pagar el cálculo actuarial por los tiempos en que no hubo inscripción al sistema pensional, estando a cargo de la entidad de seguridad social el reconocimiento de la prestación (CSJ SL, 20 oct. 2015, rad. 43182, CSJ SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015).

Citó la sentencia CSJ SL4103-2017, para colegir que

[...] en tratándose de pensiones que se conciben en función del aseguramiento del riesgo de invalidez y sobrevivencia, el empleador omiso en la afiliación de su trabajador podrá subrogar el riesgo en la entidad administradora de pensiones, convalidando los tiempos prescindidos a través del pago del cálculo actuarial, siempre que el procedimiento sea adelantado antes de la configuración del riesgo que da origen a la prestación pensional, pues en caso contrario, estará obligado a responder por el pago de la misma.

Precisó que no existía duda alguna en torno a: *i)* que la demandante presentó una pérdida de la capacidad laboral del 50,62 %, de origen común, estructurada el 1º de febrero de 2013, según el Dictamen n.º 4202217 del 4 de diciembre de 2014 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; *ii)* que cotizó 472 semanas al sistema pensional, entre el 23 de septiembre de 1983 y el 31 de mayo de 2017, de las cuales ninguna fue dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado invalidante; *iii)* que la codemandada Sandra Liliana López Duque aceptó, al contestar la demanda, que sostuvo una relación laboral con la actora durante los periodos reclamados y, *iv)* que Colpensiones, mediante Resolución n.º SUB 292362 del 19 de diciembre de 2017, le reconoció transitoriamente la prestación por invalidez, equivalente a un SMMLV, a partir del 1º de enero de 2018, en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Pereira.

Reflexionó que el riesgo de invalidez se produjo en la fecha mencionada sin que, con anterioridad, la empleadora la hubiera afiliado a la seguridad social en pensiones, ni hubiera gestionado la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través del pago del cálculo actuarial, por lo que la subrogación pensional solo hubiese sido admisible, en los términos jurisprudenciales citados, si la persona natural codemandada hubiese efectuado, de manera completa, el procedimiento indicado antes de que se estructurara el riesgo.

Agregó que no era procedente que Colpensiones reconociera la pensión a la reclamante, con base en el tiempo durante el cual prestó el servicio en favor de la señora López Duque, luego de que ésta efectuara el pago del cálculo actuarial, ya que la Corte tiene decantado que ello solo es posible cuando se trata de pensiones de vejez, que requieren de un importante número de semanas de cotización, no para las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, que tienen una connotación distinta; que, además, la aseguradora también demandada nunca tuvo conocimiento de la falta de afiliación, por lo que no podía asimilarse el caso a aquellos en los que existe mora del empleador en el pago de aportes, puesto que, en este supuesto, la administradora de pensiones estaba en la obligación de adelantar el cobro coactivo correspondiente y, en el evento de no hacerlo, los periodos en mora debían ser tenidos en cuenta.

Discernió que, conforme la historia laboral, no se cumplían los requisitos del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, modificatoria del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, porque la accionante no sufragó ninguna semana al sistema en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Precisó que, aunque la señora Sandra Liliana López Duque aceptó la existencia de los contratos de trabajo, en la forma alegada en el libelo, no era posible condenarla al pago de la pensión, ya que lo pretendido respecto de ella, era únicamente el pago del cálculo actuarial (acta de f.º 88, en concordancia con el CD f.º 90, cuaderno del Tribunal).

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Sala case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, revoque la del juzgado y, en consecuencia, conceda las pretensiones (f.º 10, cuaderno de la Corte).

Con tal propósito formula cuatro cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados, los cuales se estudiarán conjuntamente, porque a pesar de que se dirigen por vías de ataque diferentes, se cimientan en iguales normas, semejantes argumentos y persiguen idéntico objetivo.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de ser

[...] violatoria de la ley sustancial, por infracción directa del numeral 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que condujo a la infracción de los artículos 2º literal d), 10º, 13 literal g), artículo 17 y artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 1º de la Ley 860/2003.

Aclara que no discute las conclusiones fácticas relacionadas con que: *i)* tiene una pérdida de capacidad laboral del 50,62 %, de origen común, **estructurada el 1º de febrero de 2013**; *ii)* cotizó 472 semanas entre el 23 de

septiembre de 1983 y el 31 de mayo de 2017, de las cuales ninguna dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado invalidante; *iii*) la codemandada Sandra Liliana López Duque aceptó la existencia de la relación laboral en los periodos solicitados.

Alega que el Tribunal «*evadió la aplicación*» del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, pues de haber acogido tal preceptiva, hubiera fulminado condena en contra de la persona natural enjuiciada, en el sentido de gravarla con el pago del cálculo actuarial por los periodos en los que estuvo vigente el contrato, por los cuales no efectuó los aportes, mientras que, frente a Colpensiones, hubiera implicado que convalidara dichas semanas, teniéndolas como efectivamente cotizadas y contabilizándolas a efectos de tener por acreditado el requisito de la densidad exigido por la Ley 860 de 2003.

Agrega que, con base en lo anterior y en consideración al principio de «*integridad*» del sistema pensional, todos los pagos que se realicen como título pensional o cálculo actuarial, deben ser tenidos en cuenta para cubrir cualquier contingencia.

Señala que la infracción directa de los artículos 10º y 13 de la Ley 100 de 1993 se presenta, de cara al primero, porque se soslaya que el objeto del sistema pensional es amparar a la población ante la ocurrencia de riesgos como la invalidez y, frente al segundo, porque no se tuvo en cuenta que, para acceder a las prerrogativas pensionales, deben

colacionarse las semanas cotizadas, sin atender las fechas en las que son pagadas, sino imputándolas a los periodos en que efectivamente se prestó el servicio, como debió hacerse en este caso, pero, ante el actuar contrario de la segunda instancia, también se trasgredieron los cánones 17 y 22 del acervo normativo citado, que predicen la obligatoriedad de las cotizaciones en virtud de la existencia del contrato de trabajo (f.º 10 a 12, *ibidem*).

VII. CARGO SEGUNDO

Reprocha la decisión atacada por ser *«[...] violatoria de la ley sustancial por infracción directa del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia»*.

Destaca que la inobservancia de esta disposición trajo como consecuencia que el juez colegiado no aplicara la norma más favorable, que en su caso era el literal d) del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, ante la *«[...] carencia de información que se encuentra en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, en relación a la validez de los pagos a la seguridad social, realizados por un empleador omiso»* (f.º 12, *ib*).

VIII. CARGO TERCERO

Alega que la sentencia *«[...] es violatoria de la ley sustancial por infracción directa del artículo 33 párrafo 1º*

literal D de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003».

Expone similares argumentos a los del cargo anterior, agregando que debieron tenerse en cuenta las semanas no cotizadas por la empleadora morosa, como lo prevé la preceptiva infringida, en atención a que la cotización se entiende surtida con el solo hecho de prestar sus servicios laborales en favor de aquella (f.º 12, *ibidem*).

IX. CARGO CUARTO

Sostiene que la decisión atacada quebrantó la ley sustancial por la vía indirecta, *«en la modalidad de interpretación errónea del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 1º de la Ley 860 de 2003, que condujo a la infracción directa del artículo 40 de la Ley 100 de 1993».*

Denuncia como errores de hecho del juez de la alzada:

1. No dar por demostrado, estándolo, que, para efectos de la pensión de invalidez pretendida, (...) tuvo capacidad laboral residual hasta el 31 de agosto de 2017, calenda de su última cotización al sistema de pensiones.

2. No dar por demostrado, estándolo, que con base en la fecha de pérdida de capacidad [laboral] real y definitiva, la actora contaba con más de 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a esa fecha.

Asevera que lo anterior tuvo lugar como consecuencia de la indebida apreciación del reporte de semanas cotizadas.

Manifiesta que, a pesar de la vía por la cual encausa el cargo, no discute: *i)* su calidad de afiliada a Colpensiones; *ii)* el número de semanas cotizadas al sistema; *iii)* que tiene una pérdida de capacidad laboral del 50,62 %, de origen común «y estructuración –técnica- del 1º de febrero de 2013» y, *iv)* que reclamó el derecho, pero le fue negado por no reunir cincuenta semanas en los tres años previos a la estructuración de la contingencia.

Refiere que de la documental erróneamente valorada, emerge que, pese a tener un estado de invalidez,

[...] técnicamente definido o estructurado para el 1º de febrero de 2013, reportaba cotizaciones al sistema pensional con posterioridad a esa fecha, entre el 01/12/2015 y el 31/08/2017, situación que indica que [...] gozó de una capacidad laboral residual durante ese lapso.

Sostiene que, de haberse tenido en cuenta dicho medio de convicción, se habría concluido que la verdadera fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, era el 31 de agosto de 2017 y que entre esta e igual fecha del año 2014, sí contaba con la densidad de aportes exigida por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003; que tal yerro valorativo condujo a una interpretación restrictiva de sus derechos fundamentales, ya que se trata de una pensión de invalidez que representa su mínimo vital (f.º 12 a 14, *ib*).

X. RÉPLICA

Colpensiones se opone a los cargos conjuntamente, transcribiendo para el efecto los artículos 38 y 41 de la Ley 100 de 1993, 46 de la Ley 1151 de 2007 y 1º de la Ley 860 de 2003.

Acota que la censura no cumple con los requisitos legales para acceder a la prestación deprecada, en tanto no cotizó cincuenta semanas en los tres años anteriores a la estructuración de su invalidez.

Reproduce el Concepto de la Vicepresidencia de Operaciones n.º RPMD 2017_12672083 del 29 de noviembre de 2017, que se basó en la sentencia «CSJ SL, rad. 445964», según el cual es posible diferir el efecto general inmediato de la Ley 860 de 2003, para aquellos afiliados cuya invalidez se estructuró entre el 29 de diciembre de dicho año e igual fecha del 2006, documento que le sirve de fundamento para reiterar que la acudiente en casación no tiene derecho a lo pretendido.

Aduce, después de remitirse a sendos apartes de la sentencia CSJ SL4346-2020, en la que se admitió la posibilidad de contabilizar los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, siempre que se demuestre que se efectuaron en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral remanente, que en casos de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, es posible apartarse de la fecha de estructuración de

invalidez establecida en los respectivos dictámenes, siempre y cuando se demuestre que la persona ejecutó una o varias labores remuneradas o, lo que es lo mismo, que hizo uso de su capacidad laboral residual con posterioridad a la fecha de estructuración o de elaboración «*del dictamen en cuestión que fue el 24 de abril de 2014*» (f.º 22 a 27 *ibidem*).

XI. CONSIDERACIONES

El Tribunal consideró que, en tratándose de prestaciones que se conciben en función del aseguramiento del riesgo de invalidez, el empleador omiso en la afiliación de su trabajador, solamente puede subrogar dicho riesgo en la entidad del sistema pensional, cuando paga el cálculo actuarial con anterioridad al acaecimiento de la contingencia, circunstancia que no ocurrió en este caso, dado que, la invalidez se estructuró el 1º de febrero de 2013 y el pago del título pensional no se ha efectuado.

Argumentó que así lo ha adoctrinado la jurisprudencia de la Sala, entre otras, en la sentencia CSJ SL4103-2017, al diferenciar los efectos de la constitución de ese título en pensiones de vejez, de las de sobrevivencia e invalidez.

Precisó que, aunque la codemandada López Duque aceptó la existencia de los contratos de trabajo en la forma indicada en la demanda ordinaria, el riesgo se configuró cuando ella ni siquiera había gestionado, ante Colpensiones, la convalidación de los aportes adeudados, es decir, no había saldado su deuda con el sistema, por lo que la entidad no

tuvo conocimiento de la existencia de la falta de afiliación, de suerte que no pudo ejercer las acciones de cobro coactivo que la ley le autoriza.

Puntualizó que, por la forma en la que estaban propuestas las pretensiones del libelo, no era posible condenar a la persona natural al pago de la pensión reclamada ya que lo que se deprecaba respecto de ella, era la cancelación del cálculo actuarial.

En contraposición, la censura, propuso cuatro ataques, todos por la causal primera de casación; empero, de cara a los cargos primero y segundo, se advierte que en su formulación acusó la infracción directa del numeral 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y el 53 de la CP, respectivamente y, a continuación, indicó que lo anterior llevó a la vulneración de otras preceptivas, como si se tratara de una violación medio, lo cual constituye un error ya que ninguna de los dos cánones mencionados es de índole adjetivo.

Empero, esa deficiencia formal no desata la desestimación del conjunto de la acusación, pues en ella se advierten incorporadas a su proposición jurídica, las normas sustanciales de orden legal base esencial del fallo o que debieron serlo.

No obstante, cumple resaltar que, adicionalmente, en la formulación de los tres primeros cargos, la impugnación sostuvo que no discutía los supuestos fácticos relacionados

con el porcentaje, origen y **fecha de estructuración** de la invalidez; el número de semanas cotizadas y que ninguna fue en los tres años anteriores a la estructuración de su estado, así como que la persona natural demanda aceptó la existencia de los contratos de trabajo en la forma solicitada.

Sin embargo, la impugnante se equivocó de forma trascendental en el planteamiento de esos embates, pues dejó incólume el pilar fundamental del segundo proveído, anclado en la línea jurisprudencial en la que el Tribunal basó su decisión, a pesar de la obligación que debía satisfacer, de combatir la legalidad de tal disertación a través de la senda de puro derecho, en el sub motivo de interpretación errónea, puesto que, conforme se explicó en la sentencia CSJ SL2879-2019, debe hacerlo respecto del alcance otorgado por la Corte a la norma en la que se funda la doctrina aplicada.

Lo último, por cuanto es deber del promotor del recurso extraordinario, confrontar las verdaderas razones de la segunda decisión, so pena de que las premisas no confrontadas, continúen prestando apoyo suficiente a lo concluido y, por tanto, dejen indemne la sentencia atacada, por virtud de las presunciones de legalidad y acierto que le asisten, como ocurre en estos eventos, cuando no se cuestionan las reales consideraciones en las que se funda la línea jurisprudencial acogida.

En efecto, en la providencia en cita, se explicó:

[...] tiene dicho la Corte, que cuando el sentenciador toma como fundamento de su decisión el alcance que la Sala en una

sentencia le ha dado a una norma, el concepto de violación que ha de denunciarse es el de la interpretación errónea, pues precisamente con base en un criterio orientador, se acoge determinada intelección de un precepto que regula el caso controvertido, lo que obliga al recurrente a discutir la tesis expuesta por la Corte acogida en la sentencia impugnada, ya que de lo contrario, las consideraciones que integran esa jurisprudencia, que no se cuestionan, continuarán prestando apoyo suficiente al fallo recurrido, pues sobre ellas obra la presunción de acierto y legalidad que opera respecto de la sentencia recurrida.

Resalta la Corporación lo previo, porque la segunda instancia fincó su decisión en la doctrina expuesta en la sentencia CSJ SL4103-2017, la cual, huelga precisar, realizó una comprensión del artículo 8º del Decreto 1642 de 1995 recopilado en el 2.2.4.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que dice:

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 [...], por riesgo común, que se llegasen a causar durante el período en el cual el trabajador estuvo desprotegido.

En perspectiva de esa norma y en relación, entre otros, con los artículos 15, 17, 18, 19, 20, 22, 33 y 77 de la Ley 100 de 1993, 6º del Decreto 832 de 1996 y 21 del CST, el precedente en cita concluyó, en los términos que lo dejó sentado el juez colegiado, que:

[...] 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.

Por consiguiente, además, tampoco deviene en acertado endilgarle a la segunda instancia, como lo hace la acusación, la infracción directa del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el 39 de la Ley 100 de 1993, puesto que fue precisamente dicha preceptiva de la cual partió para examinar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación, por ser la norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez, el 4 de diciembre de 2014.

Además, impera recordar que no fue solo de dicha norma de la cual el juzgador de la apelación derivó la conclusión que se le cuestiona, sino que su discernimiento se estructuró sobre la base de la interpretación de la referida tesis jurisprudencial y de su extensión a la pensión de invalidez, aplicación que no comporta desatino interpretativo alguno respecto de la normativa que la regula, por cuanto, efectivamente, la línea en comento ha sido validada para asuntos como el presente, en los que se discute el acceso a esa prestación.

Ciertamente, en la sentencia CSJ SL4698-2020, con referencia a la decisión aplicada por el colegiado, se expuso:

[...] 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 (negritas fuera del original).

En ese contexto, la impugnación pasó por alto lo adoctrinado, entre muchas otras, en las sentencias CSJ SL8344-2016, CSJ SL5268-2017, CSJ SL593-2018, CSJ SL2612-2020 y CSJ SL1982-2020, en el sentido que la acusación debe ser «*completa en su formulación, en su desarrollo y eficaz en lo pretendido*» y que, para lo último, como se indicó en la sentencia CSJ SL21798-2017, es imprescindible que confronte las verdaderas razones del fallo, pues, según lo dicho, debió cuestionar, se insiste, el entendimiento que el sentenciador realizó, pero del precepto citado.

Ahora, el Tribunal tampoco pudo incurrir en la infracción directa de los artículos 10º, 13, 17 y 22 de la Ley 100 de 1993, sobre el objeto y características del sistema general de pensiones, la obligación de afiliación y cotización al sistema, respectivamente; o del inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, respecto de los efectos frente a la omisión del empleador en la afiliación de sus trabajadores; así como del 1º de la Ley 860 de 2003, que entroniza los requisitos para causar la pensión de invalidez; o del 53 de la CP, en cuanto alude al aseguramiento social o, finalmente, del 33 de la Ley 100 de 1993, con base en el cual, se ordena el pago de los cálculos actuariales del tiempo de servicio no reflejado en cotizaciones, porque con fundamento en esas

normas, la Sala, en la decisión acogida por aquél, más en las sentencias CSJ SL21506-2017; CSJ SL2031-2018; CSJ SL1740-2021 y CSJ SL4250-2021, que reiteran la misma línea de pensamiento, precisó:

1. Que, en términos generales, el reconocimiento de la pensión de vejez o *«pensión tipo»*, por ser alrededor de la cual gravita el sistema, se concede con ocasión de la acumulación de una cantidad suficiente de capital o aportes durante largos años.

2. Que, sin embargo, en el decurso normal del funcionamiento de ese engranaje, se presenten contingencias como la invalidez o la muerte del afiliado, que activa unos mecanismos de protección distintos, que se basan en las tasas especiales de financiación y en los tiempos mínimos de cotización.

3. Que, en ese escenario, debe tenerse claro que las pensiones de vejez, de un lado y las de invalidez y sobrevivientes, de otro, no responden a iguales criterios, por cuanto las primeras atañen con la lógica de acumulación; mientras que las últimas responden a la de *«[...] previsión o aseguramiento del riesgo»*.

4. Que, en ese sentido, lo explicó en la providencia CSJ SL065-2020, con referencia en la decisión CC C617-2001, al concluir que tratándose de la muerte, por ejemplo, lo que se hace extensivo a la invalidez, hay *«[...] “un elemento de seguro”, por lo que quien paga la prima anual está cubierto,*

mientras que quien no la ha cancelado, no puede gozar de cobertura [...]», lo cual se encuentra vinculado al cumplimiento del requisito legal del mínimo de aportaciones, anteriores a la consolidación del evento que se ampara.

5. Que, al tenor de lo razonado, entre otras, en las decisiones CSJ SL514-2020; CSJ SL514-2020 y CSJ SL3807-2020, el hecho generador de las mismas en el sistema pensional es la relación de trabajo, por tanto, demostrado el vínculo laboral, se impone la contribución al sistema, inclusive, en la modalidad de traslado de cálculos actuariales, para aquellos casos, diferentes de la mora patronal, en los que el empleador no ha cumplido con el deber de inscripción o afiliación al sistema.

Lo anterior, por cuanto no es el trabajador el llamado a soportar las consecuencias negativas de los incumplimientos involucrados en la relación jurídica de la afiliación o cotización, que se generan entre el empleador y el fondo administrador de pensiones.

6. Que ampliando esa máxima, en relación con las pensiones de sobrevivientes e invalidez, que tienen características particulares y diferentes de las de vejez, por encontrarse atadas a la realización del riesgo que se cubre y a unas concepciones de solidaridad, financiación y aseguramiento distintas de la acumulación de capital o aportes, ha de concluirse, que frente a la falta de inscripción o afiliación del trabajador y la estructuración del riesgo, que

el llamado a responder por la prestación, es el empleador que omitió su deber.

7. Que, efectivamente, el incumplimiento de esa obligación, por parte del patrono en esos específicos casos, no impide la causación del derecho y, por tanto, su materialización efectiva, sino que imposibilita a la entidad del sistema de pensiones para que subrogue un riesgo que no tuvo oportunidad de gestionar previo a su ocurrencia, precisamente porque lo que ampara el sistema, tratándose de la invalidez o la muerte, se insiste, es su eventual consolidación.

Al respecto, de manera contundente la Corte en la sentencia CSJ SL1740-2021, recientemente puntualizó:

Visto, entonces, que la lógica que guía las pensiones de vejez y sobrevivientes es diferente, se impone también que las consecuencias por las cotizaciones impagadas, varían entre una prestación y otra, así como el remedio que ha de aplicarse para que el trabajador o sus beneficiarios no sufran las consecuencias de una situación anómala que, como se ha dicho, de ninguna manera les es imputable.

En providencia CSJ SL4698-2020, se dijo respecto de la temática que se ha venido estudiando:

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:

[...]

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).

[...]

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.

Bajo ese panorama, de acuerdo a lo expuesto en las sentencias CSJ SL994-2017; CSJ SL20406-2017 y CSJ SL5540-2019, allende las inconsistencias de forma que presentan los tres cargos iniciales, no se advierte que el Tribunal hubiere incurrido en las trasgresiones legales que se le enrostran.

Ahora, en lo que hace con el *cuarto cargo*, la censura eligió cuestionar la segunda sentencia por la vía indirecta, enrostrándole interpretación errónea del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Empero, la Corte ha insistido que esa senda no puede ser alegada por quien recurre en casación doliéndose de que el segundo juez realizó una intelección no acertada de una norma como aquella, pues ese tipo de vulneración del sistema jurídico debe alegarse exclusivamente en el camino jurídico de la causal inicial, pues la constatación de ese defecto de razonamiento por parte del juez de la apelación, se hace frente al contenido abstracto de la ley, por tanto, sin referencia en los hechos y las probanzas.

Si lo descrito se pasara por alto, también evidencia la Sala que lo que se pretende con el planteamiento del cargo final es introducir hechos nuevos en el recurso no ordinario,

relacionados con la capacidad laboral residual y la consecuente modificación de la fecha de estructuración de la invalidez, lo cual no fue tema objeto de debate en las instancias que, por tanto, se haya opuesto a las codemandadas, por lo que, a estas alturas del juicio no podría abordarlos la Corporación, so pena de vulnerar el derecho al debido proceso constitucional de tales sujetos, en especial de Colpensiones, respecto de la cual se pretende el reconocimiento de la prestación.

Sobre el particular la Corte, en la sentencia CSJ SL1237-2021, con referencia en las CSJ SL9584-2017; CSJ SL8546-2017; CSJ SL653-2018; CSJ SL4822-2020; CSJ SL3788-2020; CSJ SL3818-2020; CSJ SL3808 2020; CSJ SL3006 2020; CSJ SL4341-2020; CSJ SL3341-2020 y CSJ SL5159-2020 concluyó:

[...] en honor al derecho de defensa protegido en el artículo 29 de la Constitución Política y al principio de lealtad procesal, en el recurso de casación son inaceptables los medios nuevos, esto es, aquellos que no hicieron parte de la litis en las instancias y sobre los cuales, por tanto, la contraparte no pudo ejercer su derecho de contradicción y réplica.

Efectivamente, si se vuelve sobre el objeto litigioso en las instancias, se advierte que en momento alguno este giró en torno a la existencia de una eventual capacidad laboral residual, ni mucho menos respecto al reconocimiento de la prestación a partir de una fecha diferente a la establecida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Con todo, más allá de las deficiencias del taque final, superarlas tampoco precipitaría quebrar el segundo fallo,

pues desde las premisas fácticas no discutidas y de la jurisprudencia basal de esa decisión, igualmente emerge que el sentenciador no vulneró la ley en la forma que se le adjudicó, al concluir que Colpensiones no era la responsable del pago de la pensión de invalidez pretendida.

Lo último pues, al tenor del inciso segundo del artículo 8º del Decreto 1642 de 1995, correspondía al empleador incumplido la asunción de esa obligación, en razón a que, debido a la falta de sus aportes, por la omisión en la inscripción al sistema, la impugnante no alcanzó a consolidar el requisito mínimo que permitiría avalar a su favor la cobertura del riesgo que en ella se concretó, conforme también lo ha aplicado la Sala, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL21506-2017.

Luego entonces, aunque en perspectiva de esa consideración, correspondía a la ex empleadora reconocer la prestación, debido a que la recurrente no cuestionó la consideración del Tribunal, según la cual, no era posible condenar a ese reconocimiento, porque no elevó pretensión alguna, la Sala no emitirá pronunciamiento al respecto, salvo para advertir que, en ese escenario, quedaría habilitada para reclamar la concesión de ese crédito pensional, a cargo del verdadero responsable.

En consecuencia, los cargos no salen avante.

Las costas en el recurso extraordinario serán responsabilidad de la recurrente, porque no prosperó la

acusación, a favor del único replicante, Colpensiones. Como agencias en derecho se fija la suma de cuatro millones setecientos mil pesos (\$4.700.000), que deberán incluirse en la liquidación de costas, en la forma que prevé el artículo 366 del CGP.

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 siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MARÍA LUDIBIA MENDOZA SÁENZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **SANDRA LILIANA LÓPEZ DUQUE**.

Costas como se dijo en la considerativa.

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


SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO


CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA


CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO