



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 3



JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

Magistrada ponente

SL266-2020

Radicación n.º 76122

Acta 3

Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil veinte (2020).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 24 de junio de 2016, en el proceso que en su contra y de **CARLOS MARIO GIRALDO MORENO** adelantó **TERESA DE JESÚS SUAZA**, al que se vinculó como interviniente *ad excludendum* a **DIANA KARINA RESTREPO BLANDÓN**.

I. ANTECEDENTES

Teresa de Jesús Suaza demandó a las citadas personas con el objeto de que, en forma principal, se reconociera que entre Carlos Mario Giraldo Moreno y Jairo de Jesús Restrepo Piedrahita existió una relación laboral del 1 de marzo de 2007 al 10 de agosto de 2008, en desarrollo de la cual el empleador «no cumplió con la obligación de pagar los respectivos aportes al sistema, durante la relación laboral» y, en consecuencia, se condenara a Porvenir S.A. y a Giraldo Moreno, a reconocer y pagar en forma vitalicia «y de manera solidaria» la pensión de sobrevivientes a la demandante, desde el 10 de agosto de 2008.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó se ordenara a la administradora Porvenir S.A. a reconocer y pagar a Teresa de Jesús Suaza la pensión vitalicia de sobrevivientes «y haga el recobro que no realizó como era su obligación al empleador CARLOS MARIO GIRALDO MORENO de los dineros que debió cancelar y no canceló durante la relación laboral que existió entre él y el señor RESTREPO PIEDRAHITA» y, que se aplicara el principio de la condición más beneficiosa «considerando la norma del párrafo 1º artículo 46 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, la cual está vigente y es aplicable al caso».

Y, como pretensiones comunes a las anteriores, solicitó el reconocimiento de la indexación de las sumas adeudadas, el pago de los intereses moratorios y, las costas.

Como fundamento de las pretensiones indicó que convivió por un período de 26 años con Jairo de Jesús Restrepo Piedrahita, de manera estable, permanente e ininterrumpida hasta la fecha de su muerte, ocurrida el 10 de agosto de 2008, unión de la cual nació Juan Carlos Restrepo Suaza, hoy mayor de edad y que fuera de la unión marital, el fallecido procreó una hija de nombre Diana Karina Restrepo Blandón.

Informó que su compañero nació el 14 de agosto de 1956 y en vida aportó al sistema de seguridad social en pensiones un total de 1.131,994 semanas durante toda su vida laboral, producto de su trabajo tanto en el sector público como en el privado, lo que le dio derecho a un bono pensional por los períodos en que trabajó al servicio del Municipio de Medellín antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para los empleados públicos del orden territorial.

Expuso que su compañero Jairo de Jesús Restrepo Piedrahita tuvo como último empleador a Carlos Mario Giraldo Moreno, para quien trabajó del 1 de marzo de 2007 hasta la fecha de su deceso y, quien no pagó los aportes correspondientes por todo el tiempo de la relación laboral.

Refirió que solicitó ante la sociedad administradora de pensiones accionada, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el 4 de noviembre de 2008, la que le fue negada con sustento en que no se cumplían los requisitos del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, decisión que la llevó a instaurar acción de tutela en la que, en segunda instancia,

el juez constitucional accedió, de manera transitoria, a ordenar a la AFP Porvenir S.A., reconocer la pensión de sobrevivientes en su favor mientras se resuelve el litigio de fondo y, le otorgó el término de 4 meses para que iniciara la respectiva acción.

Al dar respuesta a la demanda, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., se opuso a todas las pretensiones. De los hechos, aceptó: las fechas de nacimiento y deceso de Jairo de Jesús Restrepo Piedrahita, los hijos que procreó, la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes elevada por la demandante y la negativa de la entidad en su otorgamiento, así como la acción de tutela interpuesta con ese fin. Propuso las excepciones de prescripción y compensación, y las que denominó falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y necesidad del equilibrio financiero del sistema (f.º 91-108 cuaderno de instancias).

Por su parte el accionado Carlos Mario Giraldo Moreno, aceptó que la demandante era la compañera permanente del fallecido Jairo de Jesús Restrepo Piedrahita, la fecha del deceso de este, la vinculación laboral que sostuvo con Restrepo Piedrahita desde el 1 de marzo de 2007 y hasta su fallecimiento, la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes elevada por la demandante ante Porvenir S.A., la negativa de la entidad en su otorgamiento y, la acción de tutela que instaurara con posterioridad. En relación con las pretensiones principales, subsidiarias y comunes, presentó

oposición. Interpuso las excepciones de pago y prescripción (f.º 158-168 cuaderno de instancias).

En audiencia celebrada por el juzgado a cargo el 10 de agosto de 2012, se dispuso la vinculación al proceso, como interviniente *ad excludendum*, de Diana Karina Restrepo Blandón (f.º 176 cuaderno de instancias), en su condición de hija del fallecido, quien solicitó para sí, previo reconocimiento de la relación laboral que existió entre Carlos Mario Giraldo Moreno y Jairo de Jesús Restrepo Piedrahita, la pensión de sobrevivientes a partir del 10 de agosto de 2010 a cargo de Porvenir S.A. y de Giraldo Moreno y, en forma subsidiaria, su otorgamiento por parte de la entidad pensional dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa. Como hechos sustento de sus pedimentos se remitió a los indicados en el libelo inicial presentado por Teresa de Jesús Suaza (f.º 200-202 cuaderno de instancias).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (f.º 208-220 cuaderno de instancias) y, Carlos Mario Giraldo Moreno (f.º 225-230 cuaderno de instancias) dieron contestación a la demanda de la intervención *ad excludendum* en los mismos términos que lo hicieron en contra de la que dio origen al litigio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral de Descongestión del Circuito de Medellín, concluyó el trámite y emitió fallo el 27 de febrero de 2015 (f.º 319-330 cuaderno de instancias), en el que dispuso:

PRIMERO: DECLARAR que el señor **CARLOS MARIO GIRALDO MORENO** es el responsable de pagar la prestación causada por la muerte del señor **JAIRO DE JESUS RESTREPO PIEDRAHITA**.

SEGUNDO: ABSOLVER a la accionada **PORVENIR S.A.** de las pretensiones invocadas en su contra en el libelo gestor, quien además podrá suspender el pago pensional que a la fecha se encuentra realizando.

TERCERO: DECLARAR que el señor **JAIRO DE JESUS RESTREPO PIEDRAHITA** dejó causados los requisitos suficientes para que sus beneficiarios accedieran a la prestación por muerte.

CUARTO: DECLARAR que la joven **DIANA KARINA RESTREPO BLANDON** ostentó la calidad de beneficiaria de la prestación por muerte de su padre **JAIRO DE JESUS RESTREPO PIEDRAHITA** hasta el dieciocho (18) de agosto del año dos mil nueve (2009).

QUINTO: DECLARAR que la señora **TERESA DE JESUS SUAZA** ostenta la calidad de beneficiaria de la prestación causada por la muerte de su compañero permanente el señor **JAIRO DE JESUS RESTREPO PIEDRAHITA**.

SEXTO: CONDENAR al señor **CARLOS MARIO GIRALDO MORENO** a reconocer a favor de la señora **TERESA DE JESUS SUAZA** una pensión de sobrevivientes en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente tanto para las mesadas ordinarias como las adicionales desde la fecha de ejecutoria de esta providencia y de manera vitalicia.

SEPTIMO: ABSOLVER al accionado de las demás pretensiones incoadas en su contra.

OCTAVO: Las excepciones propuestas quedaron implícitamente resueltas en la parte motiva de presente proveído.

NOVENO: CONDENAR en **AGENCIAS EN DERECHO** y costas del proceso al señor **CARLOS MARIO GIRALDO MORENO** y a favor de la señora **TERESA DE JESUS SUAZA** en la suma de dos millones quinientos setenta y siete mil cuatrocientos pesos (\$2.577.400) (negrilla del texto).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Para resolver la impugnación de las demandantes Teresa de Jesús Suaza y Diana Karina Restrepo Blandón y,

la del demandado Carlos Mario Giraldo Moreno, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, profirió fallo el 24 de junio de 2016, en el que decidió:

Primero: ABSOLVER al señor CARLOS MARIO GIRALDO MORENO del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor JAIRO DE JESÚS RESTREPO PIEDRAHITA.

Segundo: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de TERESA DE JESÚS SUAZA de manera vitalicia, y a DIANA KARINA RESTREPO BLANDÓN hasta el 17 de agosto de 2016 en porcentajes del 50% para cada una. A partir del 18 de agosto del presente año, la pensión acrecerá en la proporción correspondiente a la señora TERESA DE JESÚS SUAZA quien desde ese momento recibirá la prestación en un 100%.

Tercero: CONDENAR al señor CARLOS MARIO GIRALDO MORENO al traslado a la entidad pensional del valor del cálculo actuarial liquidado en la forma indicada por el Decreto 1887 de 1994 a satisfacción de la entidad que recibe.

Cuarto: Se MODIFICA la condena en costas, para en su lugar CONDENAR por este concepto a ambos codemandados, PORVENIR S.A. y CARLOS MARIO GIRALDO MORENO, en un 50% a cargo de cada uno de ellos, en primera instancia. En esta, no se causaron costas.

En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia (negrilla del texto).

Como problemas jurídicos a resolver, el *ad quem*, fijó: *i*) determinar a quién le correspondía el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada, *ii*) determinar la fecha hasta la cual debía ordenarse el reconocimiento de la prestación pensional a Diana Karina Restrepo Blandón, hija del fallecido y, *iii*) analizar la procedencia de los intereses moratorios reclamados en el juicio.

Para dar respuesta al primero de los interrogantes, el Colegiado de Instancia concluyó que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debía estar a cargo de Porvenir S.A., *«sin que ello implique la exoneración de las responsabilidades que le incumben al señor CARLOS MARIO GIRALDO MORENO»*.

Arribó a tal decisión luego de determinar que no se estaba ante una mora en el pago de aportes sino frente a una falta de afiliación por parte del empleador Carlos Mario Giraldo Moreno de su trabajador fallecido Jairo de Jesús Restrepo Piedrahita al sistema de seguridad social en pensiones, omisión que resolvió dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003 y en las sentencias de esta Corte, CSJ SL, 2 mar. 2016, rad. 45209 y, CSJ SL, 7 may. 2014, rad. 40610, en tanto *«Según la norma anterior es razonable que la entidad administradora de pensiones sea la encargada del reconocimiento de la prestación siempre y cuando el empleador omiso cumpla con su obligación de pagar la suma correspondiente a través de un título o bono pensional»*.

De otra parte, en relación con la fecha hasta la cual se debía reconocer la pensión de sobrevivientes a la interviniente *ad excludendum* Diana Karina Restrepo Blandón, encontró demostrada dentro del plenario su condición de estudiante por lo que, dispuso que la prestación debía ser pagada hasta que cumpliera la edad de 25 años - 18 de agosto de 2016- en porcentaje del 50%, el que, a partir

de dicha calenda, acrecería la proporción reconocida a Teresa de Jesús Suaza en un 100%.

Para finalizar, estudió el problema relacionado con la procedencia de los intereses moratorios, a los que no accedió teniendo en cuenta que:

Aunque la entidad viene reconociendo la pensión en cumplimiento de una orden judicial mediante sentencia de tutela, debe advertir la Sala que hasta ahora es un reconocimiento transitorio, pero es solo en virtud de éste proceso judicial que la entidad está obligada al reconocimiento de manera permanente de la pensión de sobrevivientes; además, el derecho que hoy se reconoce tiene como sustento un criterio jurisprudencial además de la declaratoria judicial de la existencia de una relación laboral entre el causante y el señor CARLOS MARIO GIRALDO MORENO, situación sin la cual no podría endilgársele responsabilidad alguna a la AFP demandada.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., concedido por el Tribunal, admitido por la Corte y sustentado en tiempo, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la entidad recurrente que la Corte case la sentencia proferida por el Tribunal y, en sede de instancia, confirme la sentencia de primer grado y, «*se absuelva a Porvenir S.A. de todo lo pedido en su contra*».

Con tal propósito formula un cargo, que recibió réplica del demandado Carlos Mario Giraldo Moreno, el cual se

procede a estudiar.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia impugnada por la causal primera de casación, por aplicación indebida de los artículos 9 parágrafo 1 literal d) y 13 literales a) y c) de la ley 797 de 2003 y, por infracción directa de los artículos 1, 13, 22, 23 y 77 de la Ley 100 de 1993; 2, 3, 4 y 7 de la Ley 797 de 2003; 39 y 53 del Decreto 1406 de 1999; 11, 12 y 13 del Decreto 2665 de 1988; 19, 27, 28 y 36 del Decreto 692 de 1994; 8 del Decreto 832 de 1996; 259 del CST; 8 de la Ley 153 de 1887; 63 y 1609 del CC; 164 y 167 del CGP; 145, 60 y 61 del CPTSS; 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 y, 1, 29 y 230 de la CN.

Luego de transcribir un aparte de la sentencia de esta Corporación, CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 41023, sostiene que resulta claro que cuando el empleador no vincula a su trabajador al sistema de seguridad social, debe responder por el pago de las prestaciones no cubiertas por dicho sistema a causa de su negligencia.

Afirma que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1609 del CC y, 259 numeral 2 del CST, es fácil inferir que el empleador solo se subrogará en el reconocimiento y pago de las pensiones cuando *«dé observancia a todo aquello que la ley le haya exigido para tal efecto, viniendo como derivado de un incumplimiento que el empleador tenga que responder con su propio patrimonio por todo lo que el citado sistema de seguridad social no erogue a causa de su incuria»*.

Sostiene que la condena que le fue impartida al empleador de entregar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones, el valor correspondiente al cálculo actuarial como equivalente a los aportes dejados de consignar, «*resulta precaria y totalmente inequitativa*», pues si bien es cierto, con dicha suma «*se llena el faltante de la cuenta de ahorro individual*», no pasa lo mismo con el seguro previsional respecto del cual no se pagó la prima correspondiente,

[...] dado que a la administradora no se le puso en conocimiento la existencia del vínculo de trabajo, como fue admitido por el Tribunal y no lo discute el cargo, es imposible poder garantizar la erogación de las mesadas sin contar con esa suma adicional que debe proveer la aseguradora, de suerte que al no haber seguro no hay recursos adicionales, y al no haber recursos adicionales quien termina respondiendo por el pago de la prestación con su propio patrimonio es la pluricitada administradora de pensiones, quien no tuvo culpa alguna en que las cosas se dieran de esa manera, resaltando que no hay norma que obligue a que dicha administradora deba sufrir esas secuelas derivadas de la desidia de un tercero y con lo que de paso se viola frontalmente lo dispuesto por los artículos 1º de la Ley 100 de 1993 y 1º del Acto Legislativo de 2005.

VII. RÉPLICA

Carlos Mario Giraldo Moreno en escrito de oposición indica que no se equivoca el Tribunal cuando condena a Porvenir S.A. al pago de la pensión de sobrevivientes, pues «*el hecho de que el empleador no hubiese afiliado al trabajador para efectos pensionales y no hubiese efectuado las cotizaciones correspondientes no implica que automáticamente tuviese que asumir la prestación que habría reconocido la AFP*», aseveración que soportó en las

sentencias de esta Corte, CSJ SL 646-2014 y, CSJ SL, 2 mar. 2016, de la que no indica número de radicación pero transcribe un apartado.

Agrega que no puede desconocerse que el trabajador fallecido estaba afiliado al régimen de ahorro individual, que durante su vida laboral cotizó más de 1.000 semanas y, acumuló la suma \$82.377.872.00, por lo que, obligar al empleador a pagar la pensión de sobrevivientes, conllevaría que no se diera la destinación que corresponde al saldo ahorrado para tal fin.

Señala, además, que la forma en que el *ad quem* resolvió la controversia impide que se genere un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios de la pensión, ya que no tendría soporte jurídico que a estos se les pagara la pensión y, además, pudieran recibir, «*en virtud del fenómeno de la sucesión por causa de muerte, el saldo ahorrado por el trabajador, el cual tiene una destinación específica*».

No obstante lo anterior, resalta que,

[...] si pese a los argumentos expuestos por el Tribunal y los planteados en este escrito, la H. Corte llegase a considerar que la pensión de sobrevivientes reclamada debe estar a cargo del empleador codemandado, debe acoger una solución jurídica que armonice los intereses jurídicos en conflicto, y que permita que el saldo ahorrado por el trabajador (incluido el proveniente del bono pensional por el tiempo laborado en el sector público) cumpla con su finalidad de financiar por lo menos parcialmente la pensión de sobrevivientes

concedida (negrilla del texto).

VIII. CONSIDERACIONES

El asunto que se somete a escrutinio de la Sala es el relacionado con el obligado a reconocer la pensión de sobrevivientes reclamada en el juicio.

En el caso *sub examine*, el Tribunal no encontró discusión respecto a los siguientes supuestos fácticos: (i) que Jairo de Jesús Restrepo Piedrahita falleció el 10 de agosto de 2008; (ii) que laboró al servicio de Carlos Mario Giraldo Moreno del 1 de marzo de 2007 a la fecha de su deceso; (iii) que no fue afiliado por su empleador al sistema de seguridad social en pensiones en vigencia del vínculo laboral y; (iv) que Teresa de Jesús Suaza como compañera permanente y Diana Karina Restrepo Blandón, hija del fallecido, acreditaron la condición de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes.

En cuanto al reconocimiento de la prestación, concluyó el Tribunal, luego de remitirse a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y a la jurisprudencia de esta Corporación CSJ SL, 2 mar. 2016, rad. 45209 y, CSJ SL, 7 may. 2014, rad. 40610:

En los anteriores términos no se contempla que el empleador deba asumir directamente la carga pensional de la manera como fue impuesta en primera instancia; si bien existe una consecuencia por su conducta remisa, ello no genera automáticamente la obligación de reconocer la pensión de sobrevivientes que se reclama como si de un órgano del sistema de seguridad social se tratare, más aún cuando durante toda la vida laboral el causante había realizado cotizaciones y había prestado servicios al sector público que

sumados, arrojan un número superior a 1000 semanas de cotización.

Cierto es, como lo concluyó el Tribunal, que en la evolución de la jurisprudencia de esta Corporación, se ha sostenido que «...ante la hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.» (CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015); no obstante, también se ha precisado que tal orientación resulta procedente únicamente tratándose de pensiones de jubilación y de vejez, en aplicación de la Ley 100 de 1993 y, bajo la idea de que se trata «de derechos en formación», pues en lo que concierne a la pensión de sobrevivientes, esta Corte señaló:

*De otro lado, es preciso destacar que las pensiones de sobrevivientes tienen unas características particulares y diferentes a las que guían a las pensiones de vejez, pues encuentran una fecha cierta de causación, atada a la realización cierta del riesgo que cubren, a la vez que están fundamentadas sobre otras concepciones de solidaridad, financiación y aseguramiento, diferentes de la acumulación de una cantidad suficiente de capital o de aportes, durante largos años. En tal sentido, la Corte Constitucional ha precisado que «...en lo referente a la pensión de sobrevivientes, su régimen no se fundamenta en el hecho de la acumulación de un capital suficiente para financiar una pensión, sino en el **aseguramiento del riesgo** de fallecimiento del afiliado. Por esa razón el legislador, al regular la pensión de sobrevivientes, previó un tiempo mínimo de cotización, partiendo de la base que las sumas recibidas para cubrir el riesgo de muerte, unidas a las que aportan todos los demás afiliados cotizantes, resultaban suficientes para generar un fondo común separado o una mutualidad que asumiera estas prestaciones.» (Sentencia C 617 de 2001). (resalta la Sala).*

Esta Sala de la Corte se refiere con ello a que, de acuerdo con la estructura del sistema de seguridad social, en el régimen de prima media, la pensión de vejez puede ser adquirida luego de la reunión de

un gran número de aportes y del acopio del capital necesario para financiarla – 20 años de aportes, o más de 1000 semanas dependiendo de cada caso -, mientras que la pensión de sobrevivientes puede ser causada, en este caso, con un mínimo de 26 semanas cotizadas – artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original -, de manera que su financiación depende más de la filosofía solidaria del régimen y no del acopio de tiempos y capital para ello.

En concordancia con lo anterior, el artículo 20 de Ley 100 de 1993 contempla la destinación de un 3% de la cotización de todos los afiliados al pago de pensiones de sobrevivientes e invalidez, en el caso del régimen de prima media con prestación definida, mientras que en el régimen de ahorro individual con solidaridad se prevé la contratación de un seguro previsional, para cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes (artículo 77 de la Ley 100 de 1993).

En los dos casos, si el trabajador está debidamente afiliado, las administradoras de pensiones pueden prever razonablemente la realización de los riesgos, gestionarlos y adoptar medidas para la financiación de las prestaciones, a través de las reservas respectivas o de la contratación de los seguros correspondientes (artículo 6 del Decreto 832 de 1996). Contrario sensu, si el trabajador no ha estado afiliado y no se tiene noticia de la prestación de sus servicios, ni se ha adelantado algún trámite de convalidación de tiempos, los riesgos se tornan imprevisibles para la aseguradora, imposibles de gestionar y, a la postre, de financiar, por no haberse podido conservar reservas o contratar seguros.

*Así las cosas, se repite, las pensiones de vejez se conciben en función de la conformación de un **mínimo de capital**, respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de sobrevivientes se conciben en función de un **aseguramiento del riesgo**, respecto del cual la integración de aportes no tiene la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias. Por esa razón, la orientación jurisprudencial que defiende el pago de cálculos actuariales y la responsabilidad de las administradoras de pensiones, a la que se hizo alusión, no puede ser irrestrictamente aplicable en tratándose de pensiones de sobrevivientes (negrilla del texto) (CSJ SL 4103-2017).*

De conformidad con lo expuesto, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional por parte de la administradora, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resultaba admisible si dicho procedimiento hubiese sido cumplido en su integridad, antes de que se produjera la muerte que dio origen a la prestación, lo que no ocurrió en el *sub lite*.

Ahora bien, tampoco son conducentes los argumentos expuestos por el demandado Carlos Mario Giraldo Moreno, en punto a que el dinero que reposa en la cuenta de ahorro individual del fallecido Jairo de Jesús Restrepo Piedrahita sea tenido en cuenta para financiar *«por lo menos parcialmente la pensión de sobrevivientes concedida»* a su cargo, pues no es esa destinación que la Ley le otorgó a dichos ahorros.

El régimen de ahorro individual con solidaridad, consagró la devolución de saldos, como derecho económico de los afiliados o beneficiarios cuando no se acreditan las condiciones legalmente previstas para la causación de la prestación por vejez invalidez o muerte, concretamente, las semanas mínimas de aportes exigidas, por eso se les entrega la totalidad del saldo abonado en la cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros más el valor del bono pensional si lo hubiese, en caso de muerte, a quienes ostenten la calidad de beneficiarios del afiliado fallecido y, en caso de no existir ningún beneficiario legal, la ley dispone su entrega a *«los herederos del causante»* - Artículo 78 Ley 100 de 1993-.

Por lo anterior, no resulta posible, como lo solicita el demandado Giraldo Moreno, que dichas sumas sean tenidas en cuenta para financiar la pensión que debe reconocer a las demandantes, por su omisión del deber legal como empleador, actuar en contrario sería, no solo ir en contra de la ley, sino favorecer al empleador incumplido, con la entrega

de dineros de naturaleza parafiscal que no le corresponden y para lo cual no existe norma que faculte a la administradora, procurando así un enriquecimiento sin causa.

De lo aquí expuesto, encuentra la Sala que el cargo resulta fundado, en cuanto logra derribar el cimiento tenido en cuenta por el fallador de segundo grado para disponer el reconocimiento de la prestación pensional a cargo de la entidad de seguridad social; no obstante, no se casará la sentencia censurada, porque en instancia, esta Corte arriba a la misma conclusión, pero por razones distintas como pasa a exponerse.

No existe discusión dentro del informativo en cuanto a que, por la omisión del demandado Carlos Mario Giraldo Moreno, al momento del deceso - 10 de agosto de 2008 - el trabajador Jairo de Jesús Restrepo Piedrahita, no reunió las 50 semanas de cotización exigidas por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 12 de la Ley 797 de 2003, al que remite el 73 de aquella, para que sus beneficiarias pudieran acceder a la pensión plena de sobrevivientes que reclaman.

A pesar de lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala de la Corte que Restrepo Piedrahita, con antelación a la citada contratación laboral, contaba 1135 semanas acreditadas para el régimen general de pensiones, por lo cual, para la definición del derecho pensional en instancia ha debido acudirse al parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, norma que ignoró el Tribunal, y consagra:

PARÁGRAFO 1o. *Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.*

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez. (Resalta la Sala).

Sobre el alcance del referido párrafo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala, en varias ocasiones, entre otras en sentencia CSJ SL 9484-2017, en la que se recordó:

[...] debe entenderse que la alusión efectuada al número mínimo de semanas de que trata el párrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 es el fijado por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones que le hayan sido introducidas, entre otras, por la propia Ley 797 de 2003.

Sin embargo, ello será así siempre y cuando que el afiliado no sea beneficiario del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, en tal caso, y en tratándose de un afiliado al Seguro Social, por razón de los beneficios de ese régimen se le debe aplicar, en materia de densidad de cotizaciones, el régimen al cual se encontrara afiliado para el 1 de abril de 1994, que lo es el Acuerdo 049 de 1990, en particular su artículo 12, por así disponerlo el señalado artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Y lo anteriormente expuesto es así porque, en primer término, como quedó visto, las normas vigentes de ese acuerdo forman parte del régimen de prima media con prestación definida y, en segundo lugar, deben utilizarse en materia de edad, número de semanas cotizadas y monto de la prestación, para los beneficiarios del régimen de transición pensional. (Ver CSJ SL, 31 ag. 2010, rad. 42628, CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 46890, entre otras).

En consecuencia, considerando que el número mínimo de semanas requerido para causar la pensión de vejez en el régimen solidario de prima media con prestación definida

para el año 2008, de conformidad con la reforma incorporada al art. 33 de la Ley 100 de 1993, por el 9 de la Ley 797 de 2003, era de **1.125**, y, como antes se dijo, el afiliado alcanzó a cotizar, - sin considerar las correspondientes al tiempo de servicio con el demandado Giraldo Moreno - un total de **1.135** antes del 10 de agosto de 2008 fecha del deceso, se concluye que sí cumplió los requisitos para que a sus beneficiarias acreditadas, en las condiciones, proporciones y términos legalmente previstos, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del párrafo 1 del art. 12 de la Ley 797 de 2003, les sea reconocida la prestación de sobrevivientes a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., cuyo monto será del 80% de la de vejez que le hubiese correspondido al afiliado.

Es claro que, no obstante las especiales circunstancias del caso, Carlos Mario Giraldo Moreno, empleador incumplido, está en la obligación de pagar el valor del cálculo actuarial que corresponda, liquidado en los términos del Decreto 1887 de 1994 a satisfacción de la entidad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en razón a que ese dinero por ser de naturaleza parafiscal, debe ingresar a la cuenta pensional, completar y hacer parte del capital con el cual se pagará la prestación.

Como así lo dispuso el *ad quem*, pero solo por las razones aquí expuestas es que no se casará la sentencia.

Sin costas en el trámite extraordinario, en razón a que el cargo resultó fundado.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el 24 de junio de 2016 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **TERESA DE JESÚS SUAZA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **CARLOS MARIO GIRALDO MORENO**, al que se vinculó como interviniente *ad excludendum* a **DIANA KARINA RESTREPO BLANDÓN**, no la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ