



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 2

CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO

Magistrado ponente

SL1591-2024

Radicación n.º 98341

Acta 17

Bogotá, D. C., cuatro (4) de junio de dos mil veinticuatro (2024).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **ALAIN MARK CORTESI BRUNNER** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), en el proceso que instauró a **FARMA DE COLOMBIA SAS**.

I. ANTECEDENTES

Alain Mark Cortesi Brunner llamó a juicio a Farma de Colombia SAS para que se declarara que laboró al servicio de la demandada del 1º de octubre de 1983 al 22 de febrero de 1996; que esta incumplió su deber de afiliarlo al sistema de seguridad social en pensiones entre aquella fecha y el 31 de marzo de 1994 y que, en consecuencia, debe pagar la reserva

actuarial correspondiente al régimen de ahorro individual administrado por Protección S. A., junto con lo que resulte probado y las costas.

Narró que laboró para la accionada como gerente general en la ciudad de Bogotá, en las fechas ya referidas; que la empleadora no le hizo aportes para cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte; que en respuesta a petición que planteó, Farma de Colombia solicitó a Protección S. A. la emisión de cálculo actuarial respecto de las cotizaciones causadas entre el *«1º de abril de 1994 al 22 de febrero de 1996»*.

Aseveró que en el Oficio CAS 4383812-N5T1M6 del 17 de agosto de 2016 esa AFP certificó la consignación de ese título pensional por tal período; que en Memorial del 7 de septiembre de 2016 la demandada aseguró que por ese motivo *«quedaba subsanado el error involuntario en el que incurrió la Compañía al no atender el cambio normativo (Ley 100 de 1993)»*

Contó que interpuso acción de tutela para lograr la cotización de todo el tiempo laborado; que en ese trámite la ex empleadora adujo que para el período anterior al 1º de abril de 1994, había obtenido autorización de excepción de pago de cotizaciones obligatorias por parte del ISS y que el reclamo constitucional fue negado por subsidiaridad (f.º 8 a 16, cuaderno del juzgado, archivo *«2023053247387644»*, expediente digital).

La accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó la existencia del contrato de trabajo, las reclamaciones extraprocesales y judiciales elevadas por el demandante y el pago del cálculo actuarial en su favor con destino a Protección S. A.

Aclaró que antes de ser contratado en este país, el señor Cortesi Brunner fue empleado de la entidad venezolana del grupo societario del cual ambas son subsidiarias de la misma casa matriz y que, por esas razones, según el artículo 3º del Acuerdo 224 de 1966, aquel estaba excluido del seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte.

Recabó que, en efecto, *i)* el trabajador era un ciudadano venezolano que laboraba en ese país, en beneficio de una sociedad del Grupo Holdac S. A.; *ii)* el contrato suscrito en Colombia era de un año y contenía una cláusula mediante la cual, el patrono se obliga a trasladar al empleado a su país cuando así fuere solicitado; *iii)* aquel estaba protegido por una póliza de seguros, expedida por Winterthur Leben vie vita, que cubría todo riesgo.

Formuló como excepciones de mérito las de ausencia de obligación de afiliación al régimen pensional por existir exclusión legal, aplicación del principio de legalidad de la validación realizada por el ISS respecto al caso particular del demandante, no es legal trasladar al empleador una carga de la cual fuera relevado por el ISS por cumplir con los requisitos legales para excluir al demandante del seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte, inexigibilidad de la

obligación, actuación conforme a derecho y buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa, pago y cobro de lo no debido (f.º 72 a 88, *ibídem*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de julio de 2021, declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes del 1º de octubre de 1983 al 22 de febrero de 1996 y probada la excepción de ausencia de afiliación al régimen pensional por existir exclusión legal y absolvió a la accionada y condenó en costas al actor (f.º 255 a 256, *ib*).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 29 de julio de 2022, al decidir la apelación del demandante, confirmó la de primera.

Dijo que no era objeto de discusión que este era un ciudadano extranjero; que nació en Venezuela el 6 de octubre de 1953; que entre él y Farma de Colombia SAS existió un contrato laboral a término indefinido que se ejecutó del 1º de octubre de 1983 al 22 de febrero de 1996 y que la accionada pagó cálculo actuarial correspondiente al período del 1º de abril de 1994 al 22 de febrero de 1996.

Memoró que en la sustentación de la alzada el impugnante aseguró: *i*) que la aplicación e integración de las fuentes del derecho y la primacía de la realidad sobre las

formas, impedían acudir a la confianza legítima para negar las pretensiones; *ii*) que no era posible tenerlo por excluido de la afiliación al sistema, porque dicho permiso lo obtuvo la ex empleadora con supuestos que no eran verídicos; *iii*) que la póliza que él había adquirido no amparaba el riesgo de vejez y, *iv*) que, por virtud del principio de irretroactividad de la ley era necesario verificar las condiciones de excepción, cada que cambiaba la norma (Decreto 3063 de 1989 y 758 de 1990).

Explicó que la Ley 90 de 1946 estableció el seguro social obligatorio y creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales para que cubriera los riesgos de invalidez, vejez y muerte de los nacionales y extranjeros que tuvieran contrato de trabajo dentro del territorio, según el artículo 2º de esa normativa y el 1º del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3040 de 1966.

Apuntó que, sin embargo, el numeral 4º del artículo 3º del Acuerdo 224 de 1966, reiterado en los artículos 5º del Decreto 433 de 1971, 56 del Decreto 3063 de 1989 y 2º del Decreto 758 de 1990 excluyó a los extranjeros que tuvieran un contrato de trabajo no mayor a un año o que dependieran de empresas subsidiarias o filiales de organizaciones extranjeras en varios países, que estuvieran sujetos a ser trasladados al exterior, siempre que dichas organizaciones los tuvieran protegidos con algún régimen de seguros por los mismos riesgos.

Sostuvo que, según lo expuesto en las sentencias CSJ SL2021-2020, CSJ SL3565-2020 y CSJ SL3934-2021, esos presupuestos no debían ser simultáneos; que la posibilidad de traslado no tiene que materializarse; que la cobertura de las contingencias no requería suministrarse en Colombia y que aunque exigía un trámite administrativo ante el ISS para lograr la exclusión, su omisión no daba al traste con una petición semejante.

Explicó que, conforme la sentencia CSJ SL3565-2020, el Decreto 1650 de 1977 no derogó expresa ni tácitamente la exclusión de la afiliación contemplada en los Decretos 3040 de 1966 y 433 de 1971, porque no reguló esas hipótesis y el Decreto 758 de 1990, por el contrario, la mantuvo.

Afirmó que no se ocuparía de los reparos de la apelación tendientes a confrontar la autorización emitida por el ISS, para excluirlo del sistema de seguridad social, porque era una condición formal cuya omisión no tenía incidencia, si se demostraban «*los requisitos materiales*» de aquella excepción.

Indicó que la traducción de la póliza aportada daba cuenta que el demandante era su titular; que él y Marlis Cortesi eran sus beneficiarios y que estaban cubiertos, así:

[...] el riesgo de supervivencia al 1º de mayo de 2018, el riesgo de fallecimiento antes de la precitada fecha, así como el lucro cesante causando hasta el 30 de abril de 2018, el cual se entiende como cobertura por incapacidad laboral. [...] cubre a MARLIS CORTESI frente a los riesgos de fallecimiento antes del 1º de mayo de 2018 e incapacidad laboral y lucro cesante hasta el 30 de abril de 2016; por último, [...] en caso de incapacidad laboral la cobertura es global, sin embargo, solo proporcionan las

prestaciones si los asegurados residen en un país donde la aseguradora tiene cobertura, sin que en los mismos figure la República de Colombia

Manifestó que no era cierto, de la manera en que lo apuntaba la apelación, que no existiera cobertura del riesgo de vejez, pues para el 1º de mayo de 2018 se causaba una suma de dinero por haber arribado vivo a esa fecha; que además, la ley no impedía que, como en el caso, el seguro se obtuviera antes de iniciar el contrato (25/05/1983), porque la cobertura a IVM rigió durante el término de ejecución del vínculo y que, según las sentencias previamente citadas, no importaba que el amparo no pudiera hacerse efectivo en este país.

Agregó que no era cierto que la empresa no tuviere la facultad de trasladar a su trabajador, porque la cláusula primera del contrato establecía que prestaría su servicio en Bogotá D.C., pero que se comprometería a aceptar cualquier otro empleo u oficio a donde se le promoviera; allende que el demandante en su interrogatorio de parte reconoció que,

[...] hace parte de un grupo multinacional sino que además señaló que su contrato en Colombia obedeció a una asignación internacional, ya que como extranjero se le indicó que iba a laborar en Colombia, asignándose la gerencia de la DEMANDADA bajo el acuerdo de que la tarea sería a término indefinido o por un periodo mínimo de 3 años, lo cual acredita que la matriz internacional tenía la facultad de trasladar al trabajador al exterior en cualquier tiempo (f.º 11 a 25, cuaderno del tribunal, archivo «2023080954017», expediente digital)

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el accionante, 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 impugnada y, en su lugar, revoque el fallo del juzgado, profiriendo una decisión en la que se acojan las pretensiones de la demanda ordinaria (cuaderno de la Corte, archivo «2023102902604644», expediente digital).

Formula tres cargos por la causal primera de casación, que fueron replicados por la demandada, de los cuales, serán estudiados conjuntamente los dos primeros, pues están dirigidos por la misma senda y persiguen idéntico objetivo.

VI. CARGO PRIMERO

Denuncia que el Tribunal incurrió en

INFRACCIÓN DIRECTA [...] del artículo 6º del Decreto Ley 1650 de 1977, fuente formal del derecho que estableció la obligatoriedad de afiliar forzosamente a los trabajadores extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo, sin establecer ninguna excepción [...] INFRACCIÓN DIRECTA de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 153 de 1887, numeral 4º del artículo 3º del Acuerdo 224 de 1966, Decreto 3041 de 1966.

Asegura que la obligatoriedad de afiliar a trabajadores extranjeros al régimen de seguridad social en pensiones

antes de la vigencia del sistema, específicamente, para el 1º de octubre de 1983, cuando inició a laborar, de la manera en que lo dedujo el Tribunal, apareja consigo un conflicto de vigencia de la norma aplicable, entre el 4º numeral 3º del artículo 4º del Acuerdo 224 de 1966 y el 6º del Decreto Ley 1650 de 1977.

Sostiene que el juez de la apelación al discurrir sobre la vigencia de las normas, no tuvo en cuenta que según los artículos 1º, 2º y 3º la Ley 153 de 1887, cuando no haya una derogatoria expresa de la ley, esta se entiende surtida *i)* si la nueva regulación deja sin vigencia los preceptos que le sean incompatibles o, *ii)* si contempla íntegramente la materia a la que la anterior se refería.

Plantea que, si se hubieran consultado esos preceptos, el colegiado habría concluido que el Decreto 1650 de 1977 derogó el Acuerdo 224 de 1966, porque:

El artículo 139 de aquel compendio, derogó expresamente todas las disposiciones que le fueren contrarias, como sucedía con la afiliación obligatoria de los extranjeros, en razón a que, la del Acuerdo 224 de 1966, establecía una excepción a ese acto, que él no contemplaba.

Según el preámbulo y el artículo 1º de la nueva norma, esta pretendía regular íntegramente la situación de los trabajadores particulares (incluyendo los extranjeros), frente al régimen general de los seguros sociales obligatorios,

cuestión ratificada por la Ley 12 de 1977 que facultó al presidente de la República para modificar ese régimen.

Solicita que, con fundamento en esos argumentos, se rectifique la línea jurisprudencial que acogió el juez de la apelación, expuesta en la sentencia CSJ SL3565-2020, según la cual, el «*Decreto 1650 de 1977 no derogó la exclusión de la afiliación del trabajador extranjero consagrada en los Decretos 3041 de 1966 y 433 de 1971*» (*ibídem*).

VII. RÉPLICA

Manifiesta que el colegiado no incurrió en la infracción directa que se le adjudica, en tanto que se refirió expresamente a la norma y concluyó, con fundamento en la jurisprudencia, que no derogó el precepto aplicable; que, por ese motivo, la acusación eligió equivocadamente el submotivo de violación, pues debió dirigir el ataque a través de la vía de puro derecho por interpretación errónea.

Apunta que, adicionalmente, la impugnación no confronta todos los pilares del fallo, entre ellos, que no era necesario que la cobertura contra los riesgos de invalidez, vejez o muerte se materializara en Colombia, pues bastaba con demostrar que el amparo existía, por lo que no derribó la presunción de legalidad y acierto de la sentencia.

Esgrime que, en todo caso, el argumento sobre la vigencia de las leyes es novedoso, pues no fue planteado en los alegatos de conclusión y tampoco en la apelación, razón

por la cual, el ataque vulnera el principio de congruencia y no puede fundar el recurso extraordinario (réplica, cuaderno de la Corte, archivo «2023045352622644», expediente digital).

VIII. CARGO SEGUNDO

Cuestiona la legalidad del fallo por ser *«violatorio por INFRACCIÓN DIRECTA del [...] artículo 53 de la CP, específicamente cuando establece como principio que en caso de duda en la aplicación de una u otra fuente formal del derecho se aplique la más favorable»*.

Enfatiza que la segunda instancia estableció el problema jurídico a resolver a partir de la duda sobre la aplicación de la norma, al referir que debía establecer si la afiliación de extranjeros al sistema de pensiones estaba regulada por el Decreto 1650 de 1977 o por el Decreto 3041 de 1966 y que, en contra del principio de favorabilidad, decidió hacerle producir efectos a la menos benéfica para él.

Insiste que para el 1º de octubre de 1983, cuando ingresó a laborar, no existía una excepción a la afiliación forzosa de los trabajadores extranjeros al régimen pensional colombiano, semejante a la que se había determinado en su momento en el ordenamiento jurídico en 1966 (cuaderno de la Corte, archivo «2023102902604644», expediente digital).

IX. RÉPLICA

Refiere que en el caso no hay conflicto o duda en la aplicación o interpretación de dos o más fuentes formales del derecho y que, en consecuencia, no se pudo infringir directamente el artículo 53 de la CP (réplica, cuaderno de la Corte, archivo «2023045352622644», expediente digital).

X. CONSIDERACIONES

El Tribunal aseguró que la afiliación del recurrente como extranjero con contrato de trabajo en Colombia, debía analizarse a la luz del artículo 3º del Decreto 3041 de 1966 (aprobatorio del Acuerdo 224 de 1966), el cual no había sido derogado por el artículo 6º del Decreto 1650 de 1977, sino, por el contrario, reiterado en los 5º del Decreto 433 de 1971, 56 del Decreto 3063 de 1989 y 2º del Decreto 758 de 1990.

La acusación plantea que el juez de la apelación infringió directamente los preceptos 1º, 2º y 3º de la Ley 153 de 1887 y el 6º del Decreto 1650 de 1977 (primer cargo) y que incurrió en igual submotivo de vulneración del artículo 53 de la CP, porque entre esa norma y la del 3º del Decreto 3041 de 1966, escogió la que le era menos favorable (segundo).

Memora la Corte los fundamentos de la sentencia en contraste con los de la impugnación, para hacer notar a la réplica, que no se introduce en casación un debate novedoso en tanto las impugnaciones en reflexión se remiten a los fundamentos de la segunda sentencia; que el tema del vigor

de la ley es un asunto de puro derecho y que la infracción directa se estructura por ignorar la existencia de la disposición jurídica o, como se endilga, por «*negarle validez en el tiempo o en el espacio*» (CSJ SL041-2021), razones por las cuales tampoco existen las falencias que le enrostra al primer ataque.

Ahora, por la naturaleza del mismo, la impugnación no debía y tampoco podía discutir: *i)* que el recurrente es un extranjero que laboró en Colombia entre el 1º de octubre de 1983 al 22 de febrero de 1996; *ii)* que no fue afiliado al sistema de seguridad social a partir de esa fecha; *iii)* que la ex empleadora pagó el cálculo actuarial correspondientes a las cotizaciones causadas a partir del 1º de abril de 1994; *iv)* que en su favor fue expedida una póliza que cubría los riesgos de invalidez, vejez y muerte, causados durante la ejecución del vínculo laboral.

La Corte, en consecuencia, a partir de esas premisas, establecerá si el Tribunal infringió directamente el artículo 6º del Decreto 1650 de 1977 o el 53 de la CP, al no escoger ese precepto, sino el 3º del Decreto 3041 de 1966 (aprobatorio del Acuerdo 224 de 1966), para decidir la alzada, escenario en el que analizará:

La afiliación de trabajadores extranjeros antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

La afiliación es la puerta de acceso al sistema de seguridad social y constituye la fuente de los derechos y

obligaciones que ofrece o impone aquél; esa inscripción, que es única y permanente, genera para su titular pertenencia y protección de las contingencias que aquel cubra, una vez se cumplan los requisitos para acceder a los servicios y prestaciones que contempla (CSJ SL747-2024).

Dicho acto, exige al afiliado dependiente y a su empleador, entre otras, cotizar el aporte correspondiente mientras dure la vinculación laboral; así como también, impone al último, acarrear con las consecuencias en los eventos en los cuales, siendo aquella inscripción obligatoria la hubiere omitido.

Ahora, desde el establecimiento del seguro social obligatorio y la creación del ISS como entidad encargada de administrar los riesgos de invalidez, vejez y muerte, el legislador reguló la forma en la que las personas estarían protegidas por las prestaciones a cargo del régimen pensional, para lo cual determinó quienes debían inscribirse como afiliados obligatorios.

En principio, la inscripción forzosa al ISS gravitaba en torno a la existencia de una relación contractual subordinada de carácter particular, motivo por el cual, antes de la Ley 100 de 1993, todos aquellos que prestaran un servicio personal y subordinado debían ser vinculados a esa entidad.

En ese contexto, con relevancia para el caso concreto, los artículos 1º de la Ley 90 de 1946, 1º del Decreto 3041 de

1966 (aprobatorio del Acuerdo 224 de 1966), 2º del Decreto 433 de 1971, 6º del Decreto 1650 de 1977, 28 del Decreto 3063 de 1989 (aprobatorio del Acuerdo 044 de 1989) y 1º del Decreto 758 de 1990, siempre concibieron al «trabajador extranjero» como un «afiliado obligatorio».

Sin embargo, la normativa también determinó exclusiones o exoneraciones¹ a la protección de esos servidores, en aras de evitar, por un lado, que el empleador extranjero asumiera doblemente las contingencias generadas en el marco de un contrato de trabajo, esto es, tanto en su lugar de origen como en el de ejecución del contrato laboral (CSJ SL2021-2020) y, de otro, lograr la complementariedad entre los sistemas pensionales de los diferentes países del mundo (CSJ SL5126-2020).

Bajo esos criterios, los artículos 6º de la Ley 90 de 1946, 3º del Decreto 3041 de 1966 (aprobatorio del Acuerdo 224 de 1966), 5º del Decreto 433 de 1971, 56 del Decreto 3063 de 1989 (aprobatorio del Acuerdo 224 de 1966) y 2º del Decreto 758 de 1990 (aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990), excluyeron de los seguros sociales de invalidez, vejez y muerte a los extranjeros que:

1) Ingresaran al territorio colombiano en virtud de un contrato de trabajo de duración fija no mayor de un año o,

2) dependieran de empresas subsidiarias o filiales de

¹ Como se le denomina en el Decreto de 1989.

organizaciones extranjeras que cubrieran varios países, se encontrarán sujetos a ser trasladados al exterior en cualquier tiempo y contarán con un régimen de seguro contra los mismos riesgos.

La vigencia en el tiempo de las normas que regularon la afiliación de trabajadores extranjeros.

El Decreto 1650 de 1977, de la manera en que lo asegura la censura, no reguló esas exclusiones o excepciones a la afiliación de trabajadores extranjeros, por el contrario, guardó silencio y se limitó a reproducir la regla general acerca de su afiliación obligatoria.

Sin embargo, ese vacío no permite inferir que aquel compendio derogó lo preceptuado en el Decreto 3041 de 1966 (aprobatorio del Acuerdo 224 de 1966), porque ambas fuentes de derecho se ocupan de temas distintos.

En efecto, el Decreto 3041 de 1966, así como el 3063 de 1989, aprueban el **reglamento general del ISS** de esa anualidad, adoptado mediante acuerdo por el Consejo Nacional del ISS, que establece el registro, inscripción, afiliación y adscripción de los trabajadores al régimen de aseguramiento de esa entidad.

Mientras que el Decreto 1650 de 1977, como el 433 de 1971 y la Ley 90 de 1946, fijan las pautas generales del **régimen general de los seguros sociales** y la organización de ese instituto.

Ahora, ambas regulaciones son complementarias, pues, aquellas establecen el funcionamiento de la entidad de seguridad social y la manera en la que participa en el cubrimiento de los riesgos de IVM, mientras las últimas determinan las cuestiones generales del régimen y las orgánicas de la institución que lo administra.

En ese orden de ideas, tampoco es verídico que el Decreto 1650 de 1977 hubiera regulado integralmente la materia, razón por la cual no es posible, en aplicación de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 153 de 1887, como lo solicita el atacante, entender que de conformidad con el precepto 139 de aquel estatuto, que dice *«deroga las disposiciones que le sean contrarias»*, salieron del ordenamiento jurídico las instituciones del reglamento del ISS, aprobado en 1966.

Esas conclusiones las ratifica el hecho que aquel Decreto de 1977, se remite reiteradamente a este, al referir que:

i) La «composición, extensión, condiciones y limitaciones [de las prestaciones de los seguros sociales obligatorios] se sujetarán a las normas del presente decreto, a las demás disposiciones legales sobre la materia y a los respectivos reglamentos» (Artículo 8);

ii) «Los reglamentos generales de los seguros sociales obligatorios señalarán la forma y oportunidad de la afiliación,

las sanciones por el incumplimiento en efectuarla y [...] el derecho al trabajador para exigirla» (Artículo 15) y,

iii) Las sanciones se impondrán al trabajador y al empleador, por el incumplimiento a «los reglamentos de inscripción» y a los «reglamentos generales de los seguros sociales» (Artículo 29).

Además, vistas las correspondientes derogatorias, se advierte que solo hasta la emisión del Decreto 3063 de 1989, que aprobó el Acuerdo 044 de esa anualidad, se dejó sin rigor, expresamente, el artículo 3º del Decreto 3041 de 1966, correspondiente al Acuerdo 224 de tal año, lo cual permite colegir que la excepción a la afiliación de extranjeros de esa normativa estuvo vigente hasta la emisión de un nuevo reglamento al respecto.

El siguiente cuadro ilustra la forma en que se interrelacionan las normas del régimen de seguridad social pensional con los reglamentos del ISS y deja en evidencia que cada una de ellas surtían modificación o derogatoria, a partir de regulaciones idénticas sobre la misma materia, es decir, que los decretos sobre los reglamentos variaban estos y los decretos sobre el régimen de seguridad social jubilatoria hacían lo propio, respecto de esa misma especie, así:

Norma	Objeto	Afiliados Obligatorios	Extranjeros Excluidos	Derogatoria
--------------	---------------	-------------------------------	------------------------------	--------------------

Ley 90 de 1946	Establece el seguro social obligatorio y crea el ISS	Todos los nacionales y extranjeros que presente servicios a otra persona en virtud de un contrato de trabajo (Art. 1º).	1) Contrato de trabajo a un año. 2) Dependientes de subsidiarias o filiales extranjeras, que estén sujetos a ser trasladados, siempre que, tengan algún régimen de seguro contra los mismos riesgos (Art. 6º).	
Decreto 3041 de 1966	Aprueba el Reglamento General del Seguro de IVM Acuerdo 224 de 1966 emanada del Consejo Nacional del ISS	Trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo presten servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley o por el presente reglamento (Art. 1º).	1) Contrato de trabajo a un año. 2) Dependientes de subsidiarias o filiales extranjeras, que estén sujetos a ser trasladados, siempre que, dichas organizaciones los tengan protegidos con algún régimen de seguro por los mismos riesgos . En cada caso la excepción deberá ser solicitada al instituto (Art. 3º)	Deróguense el Acuerdo número 188 de 1965 , el artículo 44 del Acuerdo número 150 de 1963 y todas las disposiciones que sean contrarias a este reglamento (Art. 66).
Decreto 433 de 1971	Reorganiza el ISS	Trabajadores Nacionales o Extranjeros vinculados mediante contrato de trabajo, siempre que no estén excluidos (Art. 2)	1) Contrato de trabajo a un año. 2) Dependientes de subsidiarias o filiales extranjeras, que estén sujetos a ser trasladados, siempre que, siempre que, además, la respectiva extranjera tenga previsto para ellos algún régimen de seguro contra los mismos riesgos (Art. 5)	Deróguense los artículos [...] del Decreto ley 2324 de 1948; [...] del Decreto legislativo 3850 de 1949; [...] Decreto ley 320 de 1949; el Decreto ley 1695 de julio 18 de 1960; y todas las normas que sean contrarias a las disposiciones del presente Decreto (Art. 67).
Decreto 1650 de 1977	Determina el régimen general de los seguros sociales obligatorios y las normas sobre organización y funcionamiento de las entidades que los administran	Trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje (Art. 6)	Tema regulado en los reglamentos.	Deroga las disposiciones que le sean contrarias (Art. 139)

Decreto 3063 de 1989	Aprueba el Reglamento General de Registro, Inscripción, Afiliación y Adscripción al ISS Acuerdo 044 de 1989 emanda del Consejo nacional de Seguros Sociales Obligatorios	Trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje (Art. 28)	1) Contrato de trabajo a un año. 2) Dependientes de subsidiarias o filiales extranjeras, que estén sujetos a ser trasladados, siempre que, siempre que, dichas organizaciones los tengan protegidos con algún régimen de Seguro por los mismos riesgos (Art. 56)	Deroga los artículos [...] del Acuerdo 169 de 1964; [...] del Acuerdo 189 de 1965; los artículos 1ª literales b), c) y d), 2º, 3º, 4º, 38, 55, 59 y 64 del Acuerdo 224 de 1966 , [...] Acuerdo 155 de 1963; [...] Acuerdo 536 de 1974; Acuerdo 007 de 1982; Acuerdo 575 de 1975 y demás normas que le sean contrarias o regulen materias objeto del presente Reglamento (Art. 90).
Decreto 758 de 1990	Aprueba el Reglamento General de IVM Acuerdo 049 de 1989 emanado del Consejo nacional de Seguros Sociales	Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo (Art. 1º)	1) Contrato de trabajo a un año. 2) Dependientes de subsidiarias o filiales extranjeras, que estén sujetos a ser trasladados, siempre que, siempre que, dichas organizaciones los tengan protegidos con algún Régimen de Seguro por los mismos riesgos (Art. 2º)	Deroga los Acuerdos 224 de 1966, 033 de 1983, 016 de 1983 y el Acuerdo 029 de 1985 y demás normas que le sean contrarias (Art. 53).

Por tanto, el Tribunal no erró al colegir que el Decreto 1650 de 1977 no derogó el Decreto 3041 de 1966 y atendiendo que, respecto de la excepción de afiliación del demandante, existía una única norma aplicable, esto es, el Artículo 3º del Acuerdo 224 de 1966, con solo un entendimiento posible, tampoco era viable hacerle producir efectos al principio de favorabilidad del artículo 53 de la CP., habida cuenta que el juzgador debe acudir a ese método de intelección únicamente, cuando *«[...]existe una duda real, seria, auténtica y objetiva que genere dos comprensiones o más de la misma norma (in dubio pro operario) o se esté ante dos o más normas aplicables (regla más favorable)»* (CSJ SL1730-2022), lo cual no se avizora en el caso.

Por lo expuesto, los dos primeros cargos no prosperan.

XI. CARGO TERCERO

Señala que la sentencia atacada es vulneradora de la ley por la vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida del numeral 4º del artículo 3º del Acuerdo 224 de 1996 (aprobado por el Decreto 3041 de 1966) y el 5º del Decreto 433 de 1971.

Dice que a esa infracción arribó el juzgador como consecuencia de:

[...] dar por probado sin estarlo que la demandada había cumplido con los requisitos necesarios para la aplicación de la excepción a la forzosa afiliación consistentes en: que el empleador fuera filial de una organización o casa matriz internacional" y "que dichas organizaciones extranjeras lo tenían

protegido con algún régimen de seguro **por los mismos riesgos**". Esta violación proviene de **dos (2) errores probatorios provenientes de la errada interpretación del documento que en el expediente virtual se denomina "traducción"**. El **primer error** de apreciación consiste en **haber dado por probado sin estarlo que la póliza con número 50.233.548 expedida por una empresa extranjera cubrió los riesgos de invalidez, vejez y muerte**. El **segundo error** probatorio consiste en **haber dado por probado sin estarlo que el empleador o una eventual organización internacional a la que perteneciera haya tomado y pagado tal póliza** (negritas del original).

Asevera que el Tribunal tuvo por demostrado que estaba amparado su riesgo de vejez con una póliza que determinaba el pago de una suma de dinero asegurado si al 1º de mayo de 2018, como trabajador extranjero, alcanzaba la supervivencia; que, sin embargo, esa reparación *«entregada por una sola vez, no cubre el riesgo de improductividad derivado de la vejez»*.

Indica que, adicionalmente, aquella conclusión del juzgador deja ver que este tampoco se detuvo a reparar que no estaban cubiertas las contingencias de invalidez y muerte, que difieren de la de vejez; en otras palabras, que se pasó por alto, que *«la "póliza" no cubría ninguno de los riesgos que cubre el sistema pensional colombiano»*.

Refiere que, además,

La lectura cuidadosa de la referida póliza evidencia que ni el empleador demandado, ni ninguna organización ligada a aquel tenga algo que ver con la póliza, de hecho, el señor demandante aparece con la doble condición de beneficiario y titular (tal vez la traducción correcta debió ser tomador) por lo que a partir de dicho documento no se puede concluir como lo hizo el Tribunal que el empleador o la organización internacional a la que perteneciera tenga algo que ver con la póliza por lo que este documento no prueba ni puede probar ningún nexo de dicho

documento con el demandado que es quien debía demostrar que cumplió con este requisito.

XII. RÉPLICA

Apunta que la formulación del cargo es simplemente un alegato de instancia, porque el recurrente no critica la valoración de cada uno de los medios de prueba que enlista, de la manera en que le correspondía; sus argumentos cuestionan la validez del seguro internacional, la cual, quedó indiscutida en las instancias; propone simplemente una lectura alternativa de las probanzas y cuestiona la elección de la norma aplicable, no obstante que tal equívoco no podría ser fáctico.

Añade que, en todo caso, en el proceso se acreditó *i)* la emisión de una póliza de seguros contratada por la aseguradora Wintherthur Leben Vie Vita quien cubría la invalidez, vejez y muerte del trabajador; *ii)* la exclusión del trabajador a seguridad social, analizada y decretada por el entonces ISS, quien tenía la facultad de establecerlo y, *iii)* el pago del cálculo actuarial, respecto de los períodos que se causaron con posterioridad al 1º de abril de 1994.

Pide, en consecuencia, que no se traslade la carga pensional a un empleador que obró de buena fe (réplica, cuaderno de la Corte, archivo «2023045352622644»,

expediente digital).

XIII. CONSIDERACIONES

La Corte no avizora las falencias enrostradas por la oposición al cargo, pues cumple los requisitos mínimos de interposición del recurso extraordinario por la vía indirecta, porque propone defectos fácticos provenientes de la indebida apreciación de los medios de convicción, alegando que el Tribunal dio por demostrado, sin encontrarse cumplidos, los requisitos del n.º 4 del artículo 3º del Decreto 3041 de 1966 (Aprobatorio del Acuerdo 224 de 1966).

En consecuencia, no es cierto, de la manera en que lo plantea la oposición, que la censura cuestione la elección normativa que realizó el juzgador y tampoco, que propusiera el tema de validez de la póliza expedida, en razón a que, sin aducir criterios de irregularidad, vicios del consentimiento o de competencia en la expedición de este acto jurídico, lo que cuestiona es que con él se hubiere dado por demostrado que contaba con un aseguramiento que cubriera los riesgos de vejez, invalidez y muerte a cargo de su empleadora.

Por otro lado, a pesar de que el ataque no confronta lo que el juez de la apelación dedujo, por ejemplo, de su cédula de extranjería, su interrogatorio de parte y su contrato de trabajo, ello no hace inestimable el cargo, debido a que, pese a la vía elegida, está de acuerdo con las premisas que

juzgador derivó de esos elementos de prueba, a saber:

i) que era un trabajador nacido en Venezuela; *ii)* que laboraba en el territorio colombiano para Farma de Colombia SAS y, *iii)* que con ocasión de su vinculación, podía ser potencialmente trasladado a otros países.

Ahora, de la póliza en comento, objeto de traducción, el juez de la apelación dedujo que:

[...] el titular de la Póliza [...] es el **DEMANDANTE**, así mismo, lo señala como beneficiario junto con MARLIS CORTESI, amparando al **DEMANDANTE** frente el riesgo de supervivencia al 1º de mayo de 2018, riesgo de fallecimiento antes de la precitada fecha, así como lucro cesante causante hasta el 30 de abril de 2018, el cual se entiende como cobertura por incapacidad laboral.

Por su parte, cubre a MARLIS CORTESI frente los riesgos de fallecimiento antes del 1º de mayo de 2018 e incapacidad laboral y lucro cesante hasta el 30 de abril de 2016; por último, indico que en caso de incapacidad laboral la cobertura es global, sin embargo, solo proporcionan las prestaciones si los asegurados residen en un país donde la aseguradora tiene cobertura, sin que en los mismos figure la República de Colombia

La precitada traducción resulta relevante, por cuanto desvirtúa el alegado del apoderado del **DEMANDANTE** de que dicha póliza no amparó el riesgo de vejez, por cuanto expresamente consigna que si el trabajador extranjero alcanza la supervivencia al 1º de mayo de 2018 se causa a su favor el pago de la suma asegurada.

Conclusiones que comparadas con el contenido de la Póliza n.º 5.233.548 y su correspondiente traducción², permiten constatar que la segunda instancia tampoco erró al deducir que ese amparo lo tomó el señor Alain Mark Cortesi

² f.º 107 y 108, cuaderno del juzgado, archivo «2023053247387644», expediente digital y 27 y 28, cuaderno del Tribunal, archivo «2023053301244644»

Brunner con la intención de cubrir el riesgo que pudiere generar en su patrimonio, arribar a una determinada edad para el año 2018.

Y aunque el colegiado no reiteró que ese seguro también fue adquirido para cubrir los riesgos de muerte e invalidez, si aludió a esas contingencias al referirse a los amparos adquiridos que abarcaban el fallecimiento e incapacidad laboral total y que beneficiaban tanto al demandante como a su cónyuge.

Empero, aunque en esos aspectos la segunda instancia no se equivocó protuberantemente, sí lo hizo al dejar de deducir de esa misma probanza, que dicha póliza no era un seguro proveniente o tomado por la empleadora extranjera, por medio del cual, en su condición de beneficiaria del servicio del asegurado, cubriera los riesgos de IVM que amparaba la afiliación de este al ISS.

Memórese que según el artículo 3º del Decreto 3041 de 1966, vigente para el 1º de octubre de 1983, cuando el demandante ingresó a laboral al servicio de la sociedad colombiana, los trabajadores extranjeros estaban excluidos de la afiliación obligatoria si dependían de una subsidiaria o filiales extranjeras, siempre que «**dichas organizaciones los tengan protegidos con algún régimen de seguro por los mismos riesgos**».

De donde la excepción normativa no emerge de cualquier cubrimiento de las contingencias de vida del

trabajador, sino de aquel que, con ocasión del contrato laboral, tiene que ser asumida por la sociedad matriz extranjera o la subsidiaria nacional dependiente de ella, pues es a esa persona a quienes se pretende exonerar de un doble aporte en regímenes asegurativos laborales de distintos países, según se explicó, previamente, con referencia en la sentencia CSJ SL2021-2020.

De otra manera, aquel precepto no habría fijado como condición necesaria para la exclusión de los riesgos de IVM, que el subordinado extranjero estuviera cubierto por algún **régimen** semejante, sino que hiciera alusión precisamente al de seguridad social, el cual, de un lado, pende de la existencia de la relación contractual laboral y, de otro, es distinto de los aseguramientos eminentemente civiles o comerciales, por virtud de los cuales la persona cubre para sí las pérdidas patrimoniales a las que se podría enfrentar él o su grupo familiar ante cualquier contingencia.

En ese contexto como tampoco está en discusión que Farma de Colombia SAS es una subsidiaria de la casa matriz Candoria Holding A.G., hoy Grupo Holdac S. A. sociedad extranjera, por cuanto, así lo indicó la demandada en la réplica al gestor, lo corroboró el demandante en su interrogatorio, al afirmar que su empleadora hacía parte de una multinacional y lo declaró la primera instancia sin confrontación alguna³, deviene en incontrastable que era esa

³ Pese a que el Certificado de Existencia y Representación de la Demandada alude que Candoria Holding A G era la matriz de Farma de Colombia SAS, desde el 9 de septiembre de 2008

organización extranjera o su empleadora la que debía tener cubierto al accionante en los riesgos de IVM en el país de origen o en cualquier otro.

Sin embargo, según la documental que se examina, fue el mismo trabajador Cortesi Brunner quien tomó un amparo de aseguramiento con Winterthur Leben Vie Vita que, por lo explicado, para los efectos de la norma analizada, no tiene la virtualidad de exonerar al empleador de la afiliación al sistema de seguridad social pensional en Colombia.

La Corte acentúa que, en el particular, no reclama la demostración de una afiliación al sistema de seguridad social del país de origen, en aplicación de las reglas probatorias pactadas en algún instrumento bilateral o, en su defecto, conforme el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad (CMISS), aprobado mediante la Ley 2103 de 2021, como lo exigiría la Ley 100 de 1993, pues, lo que advierte es que, en perspectiva del artículo 4º del Decreto 3041 de 1966, el Tribunal en el marco de la libre apreciación de la prueba del artículo 61 del CPTSS, con fundamento en la póliza tomada por el trabajador, no podía tener por cumplidas las condiciones de exclusión de los riesgos de IVM que debía subrogar su empleador.

Cumple precisar que en el asunto no incide que el ISS mediante Oficio DSE.AARV.SC y D.E. n.º 0520 del 19 de mayo de 1984, aceptara la excepción de afiliación del

recurrente⁴, debido a que en esa documental, en todo caso, no especifica cuál fue la causal de exclusión que encontró probada o los fundamentos que daban cuenta de la configuración de alguna condición de exoneración y, por virtud del principio de la prevalencia de la realidad, no puede hacerse primar una simple formalidad en contra de lo acreditado en la realidad, de tal manera que se llegare a afectar el derecho fundamental mínimo e irrenunciable del artículo 48 de la CP.

Por las razones expuestas, prospera el cargo y se casará la segunda sentencia.

Sin costas en sede de instancia porque la casación salió parcialmente avante.

XIV. SENTENCIA DE INSTANCIA

El juez de primer grado, con referencia en la póliza arrimada al expediente, dio por demostrado que el demandante estaba amparado a los riesgos de IVM, por lo cual, al encontrar acreditado que era un trabajador extranjero dependiente de sociedad extranjera, lo tuvo por excluido de la afiliación a seguridad social, entre el 1º de octubre de 1983 y el 30 de marzo de 1994.

El recurrente dice que, en contraposición a lo hallado por la primera instancia, no estaban cumplidas las

⁴ f.º 21, cuaderno del juzgado, archivo «2023053247387644», expediente digital.

condiciones para ser exonerado del amparo del Instituto de los Seguros Sociales, pues la demandada no fue quien cubrió los riesgos y, en todo caso, los contratados no eran semejantes a los de vejez, invalidez y muerte.

Para resolver la apelación son suficientes los argumentos expuestos en sede de casación y, por ello, en aras de la brevedad, la Sala se remite a lo considerado, previamente, agregando que para solventar las consecuencias de la falta de afiliación resulta aplicable el literal d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que le permite a la entidad de seguridad social reflejar el servicio del trabajador en cotizaciones al sistema de pensiones, a través de técnicas de cálculo actuarial que las convierta en útiles para el financiamiento de la prestación económica por vejez.

Sobre el particular esta Corporación tiene una sólida jurisprudencia en la que ha explicado que, como derivación de esta norma, las omisiones en la afiliación y pago de las cotizaciones, **sea cual fuera la causa que las genera**, impone al empleador el traslado de los aportes a la respectiva entidad de seguridad social, con base en un cálculo actuarial (CSJ SL14388-2015, CSJ SL1181-2018, CSJ SL1174-2022, CSJ SL1366-2023, CSJ SL1743-2023).

En consecuencia, se condenará a Farma de Colombia SAS, ex empleadora a trasladar a Protección S. A. (entidad a la que está vinculado el demandante), el valor del cálculo actuarial representativo de los aportes correspondientes al tiempo servido entre el 1º de octubre de 1983 y el 30 de marzo

de 1994.

Para esos fines, como base de cotización, en los términos del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, se deberá tener en cuenta el salario devengado en dicho período, así:

Año	Salario
1983	\$120.000
1984	\$120.000
1985	\$120.000
1986	\$320.000
1987	\$600.000
1988	\$120.000
1989	\$120.000
1990	\$120.000
1991	\$120.000

Lo anterior, pues según el contrato las partes convinieron una remuneración mensual de \$120.000 (f.º 99 a 103, cuaderno del juzgado), pero conforme a la certificación emitida por la empleadora (f.º 42 a 43, cuaderno del Tribunal), el trabajador alcanzó una remuneración superior para 1986 y 1987. Sin embargo, la entidad de seguridad social deberá atender los topes establecidos legalmente, para cada época.

Por otra parte, se declarará no probada la excepción de prescripción, en virtud de que, como se explicó en la sentencia CSJ SL738-2018, «[...] *las reclamaciones por omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de*

pensiones y sus consecuencias, en tanto están ligadas de manera necesaria tanto a la consolidación plena, como a la financiación debida de las respectivas prestaciones, no están sometidas al fenómeno de prescripción [...]».

De igual forma, con fundamento en las mismas consideraciones atrás expuestas, se declararán no probadas las demás excepciones propuestas.

Costas de ambas instancias a cargo de la demandada.

XV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), en el proceso ordinario de seguridad social seguido por **ALAIN MARK CORTESI BRUNNER** contra **FARMA DE COLOMBIA SAS**.

En sede de instancia, **RESUELVE**

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el veintiuno (21) de julio de dos mil veintiuno (2021) y, en su lugar, **CONDENAR** a **FARMA DE COLOMBIA SAS** a trasladar a PROTECCIÓN S. A. (entidad a la que está vinculado el demandante), el valor del cálculo actuarial representativo de


los aportes correspondientes al tiempo servido entre el 1º de octubre de 1983 al 30 de marzo de 1994. Para esos fines, como base de cotización se tomarán los salarios devengados en cada anualidad, teniendo en cuenta los topes legales.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

TERCERO: Costas como se dijo en la considerativa.

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

Firmado electrónicamente por:



SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO



CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA



CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 3058675663BCDFB1C3BB4277A187DDF9D08877DBA52798906EEA0BA073C5C3E3

Documento generado en 2024-06-28