

TEMA: TITULO PENSIONAL – Corresponde al cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar a COLPENSIONES las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones. **/CALCULO ACTUARIAL-** Impide que el trabajador tenga que soportar las consecuencias por la falta de afiliación atribuible a su empleador, y, en consecuencia, garantiza que sus derechos mínimos e irrenunciables no se vean afectados por dicha omisión. /

HECHOS: Que se declare que la C.I. BANACOL S.A. omitió realizar la afiliación y las correspondientes cotizaciones por los Riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte durante el tiempo comprendido entre el 20 de diciembre de 1984 y el 11 de mayo de 1986. Que se condene a C.I. BANACOL S.A. al pago del título pensional a nombre de la demandante por el tiempo comprendido entre el 20 de diciembre de 1984 y el 11 de mayo de 1986, de conformidad con el cálculo actuarial correspondiente, con destino a PORVENIR S.A. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

TESIS: (...)No puede perderse de vista que, si bien, conforme no se había creado la ley unificadora de la seguridad social para los periodos comprendidos entre el 20 de diciembre de 1984 y el 11 de mayo de 1986; era el propio empleador el que asumía el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, y por ende estaba obligado a realizar los aprovisionamientos necesarios para cumplir con esa eventual pensión, pues así lo ordenaba la Ley 90 de 1946, y así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como puede verse en la sentencia CSJ SL 9856-2014, reiterada en las providencias CSJ SL 1300-2014, CSJ SL 10122-2017, CSJ SL068-2018 y CSJ SL-3547-2018, SL-976-2022, y SL-3760-2022. Destacando la Corte, que la omisión en la afiliación por cualquier causa se resuelve con normas vigentes al momento en que se causa el derecho pensional reclamado y no las que regulaban la falta de afiliación para el momento en que el empleador incurrió en dicha omisión. Así lo precisó la Sala en sentencia CSJ SL14215-2017. Razonamientos que también fueron acogidos por la Corte Constitucional en el Auto 068 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, y el cual se ha aplicado en varias sentencias de tutela. Criterios jurisprudenciales que comparte y acoge esta colegiatura, toda vez que en un estado social de derecho no se puede tolerar el que una persona que entregó su fuerza de trabajo por varios años, se vea perjudicada con la negación de un derecho constitucionalmente consagrado, irrenunciable y directamente relacionado con el mínimo vital como principio y derecho iusfundamental, debiéndose por consecuencia, que ese tiempo se vea reflejado en sus cotizaciones a pensiones, y pueda materializar el disfrute de las prestaciones que protegen los riesgos por invalidez, vejez y muerte, y por ello en principio no era indispensable que el demandante acreditare los requisitos pensionales para que le sea reconocido el cálculo actuarial, pues estas cotizaciones le pertenecen independientemente de que satisfaga o no los requisitos para una pensión de vejez. (...) la Corte Constitucional en su jurisprudencia, ha destacado que, en situaciones más extremas en las que la pensión se encuentre exclusivamente a cargo del empleador, sin afiliación, puede llegar a liberarse al asegurado de tener que asumir que ese tiempo no se tiene en cuenta, a efectos de acumular tiempo cotizado y no cotizado. Así, es del caso traer a colación la sentencia de la Corte Constitucional con radicado T-410 del 26 de Junio de 2014, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, según la cual se debe inaplicar el requisito relativo a la demostración de un contrato de trabajo, como lo refiere el literal c) del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9º de la Ley 797 del 2003, para efectos de acumulación del tiempo de servicio, toda vez que este requisito viola los derechos adquiridos del trabajador, la efectividad de las cotizaciones, los periodos trabajados y la seguridad social en los ingresos pensionales. Así lo sostuvo la Sala Novena de revisión de la Corte Constitucional, en la providencia citada, al advertir que los jueces, en cada caso, deben aplicar la

excepción de inconstitucionalidad de ese requisito y ordenarle al empleador trasladar al régimen de pensiones del trabajador el valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicios prestados. Con esta postura, el alto tribunal abandonó la tesis sostenida en la Sentencia T-814 del 2011, donde se había expuesto que era imposible inaplicar el requisito fijado en la norma y acumular, para efectos pensionales, los periodos laborados con anterioridad a la vigencia de la ley 100 ante empleadores que no tenían la obligación de afiliarse a sus trabajadores al ISS y cuyos contratos de trabajo ya habían expirado a la entrada en vigor del sistema general de pensiones.(...) La figura del CÁLCULO ACTUARIAL, impide que el trabajador tenga que soportar las consecuencias por la falta de afiliación atribuible a su empleador, y, en consecuencia, garantiza que sus derechos mínimos e irrenunciables no se vean afectados por dicha omisión, pues a través de esa institución, el legislador permite que el periodo en que no se hicieron los aportes a un fondo pueda contabilizarse dentro de su historial de semanas de cotización. De ahí que constituye una solución equilibrada para los casos de omisión de la afiliación, dado que no solo permite materializar la finalidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, sino la sostenibilidad del mismo, sin perjuicio de las prerrogativas de los trabajadores. El CÁLCULO PENSIONAL, debe ser asumido en su TOTALIDAD por el empleador (sentencia SL-3547 del 22 de agosto de 2018, con radicación 68.421, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)

M.P. MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

FECHA: 12/10/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	ORFA EMPERATRIZ OSPINA RENDÓN
DEMANDADO	C.I. BANACOL S.A.S. y la AFP PORVENIR S.A.
RADICADO	05266-31-05-001-2020-00261-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Calculo actuarial a cargo del empleador.
DECISIÓN	Confirma

Medellín, doce (12) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede la Sala a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **ORFA EMPERATRIZ OSPINA RENDÓN** contra la sociedad **C.I. BANACOL S.A.S.** y la **AFP PORVENIR S.A.**, quien fue vinculada por pasiva a la litis.

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 041**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ANTECEDENTES

Es materia de la Litis, resolver el recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de la sociedad C.I. BANACOL S.A.S., contra la sentencia que profirió el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Envigado - Antioquia,

en la audiencia pública celebrada el día 19 de mayo de 2023, dentro del proceso referenciado.

II. – HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la señora ORFA EMPERATRIZ OSPINA RENDÓN, presó sus servicios personales al empleador COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL BANACOL S.A., entre el 20 de diciembre de 1984 y el 11 de mayo de 1986, desempeñándose en el área de “SERVICIOS TÉCNICOS DE ASPERCIÓN”.

Que la actora inicialmente estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, y posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentra afiliada en la actualidad, registrando un total de 947 semanas cotizadas, de las cuales 340 corresponden al tiempo de afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, sin incluirse allí el tiempo servido al empleador C.I. BANACOL S.A.S.

En vista de lo anterior, la actora elevó petición ante su empleador el día 2 de julio de 2019, solicitándole el pago del bono pensional por el tiempo laborado y no cotizado, ante el silencio de la empresa, se vio obligada a formular una acción de tutela, logrando con ello una respuesta negativa, a través de la cual la accionada argumenta una inexistencia obligación para la época en que se materializó la relación laboral, desconociendo con ello el derecho reclamado, y la jurisprudencia nacional.

III. – PRETENSIONES

1. DECLARATIVAS

- a.** *Que se declare que mi mandante tuvo una relación laboral con la C.I. BANACOL S.A. en virtud de la cual prestó sus servicios entre el 20 de diciembre de 1984 y el 11 de mayo de 1986*
- b.** *Que se declare que la C.I. BANACOL S.A. omitió realizar la afiliación y las correspondientes cotizaciones por los Riesgos de*

Invalidez, Vejez y Muerte durante el tiempo comprendido entre el 20 de diciembre de 1984 y el 11 de mayo de 1986.

2. CONDENATORIAS

- a.** *Que se condene a C.I. BANACOL S.A. al pago del título pensional a nombre de la demandante por el tiempo comprendido entre el 20 de diciembre de 1984 y el 11 de mayo de 1986, de conformidad con el cálculo actuarial correspondiente, con destino a PORVENIR S.A. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS.*
- b.** *Condenará al pago de las costas procesales y agencias en derecho.*

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Admitida la demanda y corrido el traslado correspondiente, la sociedad C.I. BANACOL S.A.S., contestó oportunamente a través de su apoderada judicial (fls. 1 al 14 del archivo PDF 003), manifestando frente a los hechos expuestos, que son ciertos aquellos que aluden a la existencia de la relación laboral y los extremos de la misma, la petición formulada por la actora, y la respuesta suministrada en cumplimiento a un fallo de tutela, sin que le consten los restantes supuestos fácticos narrados por activa, los cuales deberán ser objeto del debate probatorio en la litis. Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *“INEXISTENCIA DE OMISIÓN EN LA AFILIACIÓN; INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA QUE CREO LOS TÍTULOS PENSIONALES – INAPLICACIÓN DE LA NORMA PARA RECONOCER UN TÍTULO PENSIONAL – EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE EMITIR UN BONO PENSIONAL; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER UN BONO PENSIONAL; NO RETROACTIVIDAD DE LA LEY 100/1993 VIGENCIA DE LA LEY 90/1946. PAGOS DE APORTES INDEXADOS; NO SE PUEDE ASIMILAR LOS EFECTOS A QUIEN NO AFILIO POR INCURIA CON EL QUE NO AFILIO POR FALTA DE COBERTURA; PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS; PAGO; COMPENSACIÓN; BUENA FE DE C.I. BANACOL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN”.*

A su turno, la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A., también recorrió el traslado otorgado en forma oportuna, según consta a folios 2 al 16 del archivo PDF 011, admitiendo como ciertos los hechos relativos a la afiliación de la señora ORFA EMPERATRIZ OSPINA RENDÓN, y el número de semanas cotizadas, no constándole la existencia y pormenores de relación laboral con el codemandado C.I. BANACOL S.A.S.; en relación a las pretensiones formuladas, únicamente se opuso a la condena en costas, dejando en claro que es a la justicia ordinaria laboral a la que le corresponde decidir si existió o no una relación laboral durante el tiempo aducido, resaltando que la afp solo recibirá los periodos que se declaren y sobre los cuales no se han efectuado aportes, liquidados conforme al IBC que se demuestre, de conformidad con el cálculo actuarial aprobado por el fondo.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En el fallo objeto de apelación, el juez *A Quo* en audiencia pública de juzgamiento, celebrada el 19 de mayo de 2023, DECLARÓ que entre la señora ORFA EMPERATRIZ OSPINA RENDON y la sociedad COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL BANACOL S.A.S. – C.I. BANACOL S.A.S. existió una relación laboral entre el 20 de diciembre de 1984 al 11 de mayo de 1986.

DECLARÓ que la sociedad COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL BANACOL S.A.S. – C.I. BANACOL S.A.S. omitió no solo la afiliación, sino además del aprovisionamiento del capital necesario para realizar las cotizaciones en los riegos de invalidez vejez y muerte al sistema de seguridad social.

En consecuencia, CONDENÓ a la sociedad COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL BANACOL S.A.S. – C.I. BANACOL S.A.S. a realizar los trámites administrativos ante la AFP PORVENIR SA, para lograr la emisión y liquidación del cálculo actuarial en los términos previstos en el inciso 2° del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a favor de la señora ORFA EMPERATRIZ OSPINA RENDON; liquidado sobre los periodos de tiempo entre el 20 de diciembre de 1984 al 11 de mayo de 1986, teniendo como base salarial

el salario mínimo legal mensual vigente para los años 1984, 1985 y la suma de \$47.200 como salario base para el año 1986.

Para el efecto, se le concede el término de 4 meses para realizar este trámite, una vez quede ejecutoriada la presente sentencia.

También ORDENÓ a la AFP PORVENIR S.A. a emitir y liquidar el respectivo cálculo actuarial a favor de la señora ORFA EMPERATRIZ OSPINA RENDON y a cargo de la SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL BANACOL S.A.S. – C.I. BANACOL S.A.S.; una vez ésta sociedad presente la respectiva documentación a satisfacción del fondo de pensiones, concediendo un término de 1 mes para realizar este trámite, una vez se radique la respectiva documentación por parte de la sociedad C.I. BANACOL S.A.S.

Finalmente impuso las costas del proceso en la primera instancia a cargo de la codemandada C.I. BANACOL S.A.S. y a favor de la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de 3 SMLMV.

Como fundamento de su decisión estimó el juez de primer grado que si bien para la fecha en que la actora prestó sus servicios C.I. BANACOL S.A.S., no existía cobertura del ISS, y por ende no había lugar a efectuar cotizaciones, no puede perderse de vista que el empleador tenía a su cargo la obligación pensional respecto aquellos trabajadores frente a los cuales no había operado la subrogación pensional, no obstante, como la actora ya se encuentra afiliada a un fondo de pensiones, esa obligación patronal debe verse materializada en el pago de un cálculo actuarial, conforme lo señalado en el inciso 2° del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pues en el presente asunto el empleador no niega la existencia de la relación laboral y sus extremos, solo afinca su defensa en la inexistencia de la obligación, para la liquidación del cálculo actuarial, se deberá tener en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para los años 1984, 1985 y la suma de \$47.200 como salario base para el año 1986.

VI. – RECURSOS DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

APELACIÓN C.I. BANACOL S.A.S.: inconforme con decisión de primer grado, el apoderado judicial de esta esta sociedad la ataca en alzada, solicitando su revocatoria, precisando para ello que para la época en que estuvo vigente la relación laboral, la empresa no estaba obligada a realizar este tipo de provisionamientos pensionales, estos solo aplicaban frente a los trabajadores que tuvieran más de 10 años de servicios, esto es, que tuvieran una expectativa legítima de adquirir un derecho pensional, que no es el caso de la demandante, pues su tiempo de servicios fue inferior.

También expone que, en el hipotético caso de confirmarse la decisión, se condene a la empresa C.I. BANACOL S.A.S., a pagar únicamente el porcentaje pensional que le correspondía realizar como empleador, y no a la totalidad del aporte como equivocadamente lo concluyó el juez de primer grado.

Alegatos de conclusión.

Encontrándose dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la apoderada judicial de PORVENIR S.A., expone que dicho fondo tiene una posición pacífica y se limita a las resultas derivadas de la sana crítica de la judicatura de persistir la decisión del A quo de tener como existente la relación laboral entre ORFA EMPERATRIZ OSPINA RENDÓN y SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL BANACOL S.A.S. – C.I. BANACOL S.A.S.

Aduce que los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993 disponen que son afiliados al Sistema General de Pensiones, de forma obligatoria, todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo, así entonces, toda persona que preste personalmente servicios a favor de otra, sea natural o jurídica, genera la obligación de afiliarse al sistema y de aportar para los riesgos de vejez, invalidez o muerte, en los porcentajes definidos por la Ley, mientras persista la relación laboral.

Sin embargo, esta obligación natural en el sistema pensional actual, no estuvo siempre a cargo de las Administradoras de Pensiones, pues en los inicios de la Seguridad Social la obligación del reconocimiento y pago de prestaciones por vejez estaban a cargo de cada empleador. Sin embargo, con miras a la expansión en la protección de los mismos, mediante los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 se exhortó a los empleadores a realizar una provisión proporcional al tiempo en que el trabajador laboró para el futuro reconocimiento de prestaciones económicas. Luego, con el Acuerdo 224 de 1966 se instituyó la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS, lo cual se hizo paulatinamente conforme avanzaba la cobertura de la entidad en los territorios y después del 1 de abril de 1994 a los fondos administradoras del RAIS, motivos por los cuales solicita se confirme la decisión de disponer que BANACOL S.A.S. debe realizar el pago del cálculo actuarial imponiendo los intereses de mora por la omisión del empleador.

A su turno, el apoderado judicial de la sociedad C.I. BANACOL S.A.S., expone los argumentos de hecho y derecho por los cuales considera se debe revocar la sentencia de primera instancia, insistiendo en las excepciones propuestas, como la de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, e INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA QUE CREÓ LOS TÍTULO PENSIONALES- INAPLICACIÓN DE LA NORMA PARA RECONOCER UN TÍTULO PENSIONAL- EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, argumentando para ello, que debido a motivos de fuerza mayor los trabajadores bananeros no pudieron ser afiliados al ISS debido al rechazo de los mismos trabajadores y las organizaciones sindicales que los representaban y las amenazas de los grupos armados que se constituyeron circunstancias de fuerza mayor que imposibilitaron la afiliación cuando el ISS llegó a Urabá, por lo cual hay un elemento de exoneración entre el 1 de agosto de 1986 y el 11 de mayo del mismo año, fecha en la cual terminó la vinculación con la demandante.

Manifestó que antes de la convocatoria del riesgo de IVM en Urabá por el ISS tampoco había que aportar a pensión por cuanto esta obligación nunca existió con anterioridad, conforme lo señala la Sentencia de tutela T- 281 de 2020 de la Corte Constitucional, según la cual el empleador no es responsable de las cotizaciones anteriores a la fecha de la convocatoria porque esta

obligación nunca se estableció por el ISS que era el responsable de establecerla de acuerdo con la Ley 90 de 1946, es decir, ni existe norma que lo obligue a ese pago, pues en el momento de la transición del CST al régimen del ISS quien asumió el riesgo de vejez el 1° de agosto de 1986, la demandante no habría cumplido los requisitos para una pensión de vejez, por lo que al iniciar el cubrimiento del riesgo de IVM por el ISS, la empresa no tenía a cargo una pensión para con la demandante.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, pasa la Sala a resolver, previas las siguientes,

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Naturaleza jurídica de la pretensión. – Calculo actuarial a cargo del empleador, deber de aprovisionamiento pensional: Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Planteado el recurso de apelación tal y como se encuentra, los problemas jurídicos estriban en dilucidar. *i)* si al empleador C.I. BANACOL S.A.S., le asiste obligación de responder por el tiempo laborado y no cotizado caja o fondo de pensiones, con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, con respecto a la trabajadora ORFA EMPERATRIZ OSPINA RENDÓN, y en caso afirmativo, *ii)* determinar la manera en que debe operar el pago de dicha obligación.

Relación laboral y calculo actuarial

Debe advertirse, que en el sub lite no es materia de controversia la existencia de una relación laboral, como tampoco sus extremos temporales, y la no cotización a una caja o fondo de previsión social a favor de la trabajadora

por el periodo comprendido entre el 20 de diciembre de 1984 y el 11 de mayo de 1986, y los salarios devengados en ese interregno, pues tales supuestos fácticos fueron aceptados por la empresa demandada, y otros fueron declarados como probados en la sentencia de primera instancia (salarios), y no fueron objeto de la alzada por las partes interesadas.

Ahora bien, en cuanto al juicio jurídico realizado por la codemandada C.I. BANACOL S.A.S., en cuanto a sostener que la obligación de aprovisionar hacia futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo servido por el trabajador, con respecto a aquellos empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, solo surgió con la vigencia de la Ley 100 de 1993, misma que no puede ser aplicada retroactivamente, y mucho menos porque la demandante no tenía 10 años de servicios, que le significare una expectativa legítima en materia pensional

Al respecto, estima la Sala que este argumento de la irretroactividad de la ley planteado en la alzada y los condicionamientos relativos a un tiempo mínimo de servicio, no puede tener acogida en esta instancia, por cuanto los mismos no tienen ningún fundamento jurídico o jurisprudencial, y menos, de orden constitucional, que haga soportar a la demandante el hecho de tener que verse abocada a que ese periodo de tiempo laborado y aceptado por la empresa demandada, se vea perdido y sin ninguna trascendencia en el ámbito de la seguridad social. Es decir, que, concebida la sentencia en el proceso ordinario como una solución jurídica a una controversia, la que aquí se revisa en apelación no cumple con ese cometido.

Será preciso entonces, tratar el tema de la responsabilidad que le asiste al empleador respecto a las obligaciones que reclama el demandante por un tiempo durante el cual laboró a su servicio, antes de cobrar vigencia la Ley 100 de 1993.

Bajo esta óptica, en el caso materia de análisis, toda la responsabilidad por ausencia de afiliación (más allá de que la misma para las calendas pertinentes al caso haya sido optativa y no obligatoria, además de las consideraciones propias de la falta de cobertura del entonces Instituto de

Seguros Sociales en la región de Urabá - Antioquia), son aspectos totalmente oponibles jurídicamente a la empresa C.I. BANACOL S.A.S.

No puede perderse de vista que, si bien, conforme no se había creado la ley unificadora de la seguridad social para los periodos comprendidos entre el 20 de diciembre de 1984 y el 11 de mayo de 1986; era el propio empleador el que asumía el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, y por ende estaba obligado a realizar los aprovisionamientos necesarios para cumplir con esa eventual pensión, pues así lo ordenaba la **Ley 90 de 1946**, y así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como puede verse en la sentencia CSJ SL 9856-2014, reiterada en las providencias CSJ SL 1300-2014, CSJ SL 10122-2017, CSJ SL068-2018 y CSJ SL-3547-2018, SL-976-2022, y SL-3760-2022, donde se definieron los siguientes aspectos: **(i)** que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; **(ii)** que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y **(iii) que la manera de concretar esa responsabilidad es mediante el traslado del CÁLCULO ACTUARIAL para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.**

Destacando la Corte, que la omisión en la afiliación por cualquier causa se resuelve con normas vigentes al momento en que se causa el derecho pensional reclamado y no las que regulaban la falta de afiliación para el momento en que el empleador incurrió en dicha omisión. Así lo precisó la Sala en sentencia CSJ SL14215-2017:

(...) Al respecto, es suficiente recordar que a la luz de la jurisprudencia actual de esta Sala, «las normas que pueden contribuir a resolver [las] hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que afecte su sostenibilidad financiera» (...).

Razonamientos que también fueron acogidos por la Corte Constitucional en el Auto 068 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, y el cual se ha aplicado en varias sentencias de tutela, expuso:

*“En la sentencia T-784 de 2010 la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho a la seguridad social, pues la reconstrucción que hizo del régimen pensional aplicable a quienes trabajaban para las empresas dedicadas a la actividad petrolera, **le permitió acertadamente advertir que estas últimas sí estaban obligadas desde la Ley 90 de 1946 a efectuar los provisionamientos correspondientes para efectuar las cotizaciones al seguro social cuando así se les exigiera de acuerdo con la ley.** No obstante, está claro en el proceso que durante todo el tiempo que el señor Julio César Ariza Pinilla trabajó para las entidades demandadas, estas últimas se beneficiaron de la fuerza de trabajo del tutelante, quien prestó sus servicios personales bajo subordinación jerárquica, pero no hicieron los provisionamientos pensionales que le depararan a este último al llegar a su vejez, una vida verdaderamente digna y humana. La Corte Constitucional debe, entonces, corregir ese problema...”.*

Criterios jurisprudenciales que comparte y acoge esta colegiatura, toda vez que en un estado social de derecho no se puede tolerar el que una persona que entregó su fuerza de trabajo por varios años, se vea perjudicada con la negación de un derecho constitucionalmente consagrado, irrenunciable y directamente relacionado con el mínimo vital como principio y derecho iusfundamental, debiéndose por consecuencia, que ese tiempo se vea reflejado en sus cotizaciones a pensiones, y pueda materializar el disfrute de las prestaciones que protegen los riesgos por invalidez, vejez y muerte, y por ello en principio no era indispensable que el demandante acreditare los requisitos pensionales para que le sea reconocido el cálculo actuarial, pues estas cotizaciones le pertenecen independientemente de que satisfaga o no los requisitos para una pensión de vejez.

Incluso, la Corte Constitucional en su jurisprudencia, ha destacado que, en situaciones más extremas en las que la pensión se encuentre exclusivamente a cargo del empleador, sin afiliación, puede llegar a liberarse al asegurado de tener que asumir que ese tiempo no se tiene en cuenta, a efectos de acumular tiempo cotizado y no cotizado. Así, es del caso traer a colación la

sentencia de la Corte Constitucional con radicado T-410 del 26 de Junio de 2014, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, según la cual se debe inaplicar el requisito relativo a la demostración de un contrato de trabajo, como lo refiere el literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9º de la Ley 797 del 2003, para efectos de acumulación del tiempo de servicio, toda vez que este requisito viola los derechos adquiridos del trabajador, la efectividad de las cotizaciones, los periodos trabajados y la seguridad social en los ingresos pensionales.

Así lo sostuvo la Sala Novena de revisión de la Corte Constitucional, en la providencia citada, al advertir que los jueces, en cada caso, deben aplicar la excepción de inconstitucionalidad de ese requisito y ordenarle al empleador trasladar al régimen de pensiones del trabajador el valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicios prestados. Con esta postura, el alto tribunal abandonó la tesis sostenida en la Sentencia T-814 del 2011, donde se había expuesto que era imposible inaplicar el requisito fijado en la norma y acumular, para efectos pensionales, los periodos laborados con anterioridad a la vigencia de la ley 100 ante empleadores que no tenían la obligación de afiliarse a sus trabajadores al ISS y cuyos contratos de trabajo ya habían expirado a la entrada en vigor del sistema general de pensiones.

La providencia de la Corte a la que se hace alusión, solo tiene como finalidad ilustrar cual es la tendencia actual de esta Alta Corporación frente a la problemática suscitada en el recaudo de cotizaciones, donde se colige que todo está orientado a convalidar el tiempo laborado, sin la exigencia de ciertos requisitos formales, que pueden volver nugatorio el derecho pensional como tal, motivos por los cuales habrá de confirmarse lo resuelto en primera instancia, al encontrarse ajustado a derecho y a la jurisprudencia nacional.

Tampoco se comparte el argumento, según el cual la sociedad C.I. BANACOL S.A. solo estaría obligada a pagar el porcentaje del aporte que le corresponde como empleador, pues ese deber de aprovisionamiento era

exclusivo de las empresas que tenían a cargo el reconocimiento de pensiones, a ningún trabajador puede obligarse a realizar aprovisionamientos a futuro, pues la obligación de estos últimos, no va más allá de la prestación del servicio en los términos acordados con su empleador, pues antes de operar la subrogación pensional, el empleador asumía la totalidad de la pensión, y esta de manera alguna se financiaba con aportes del trabajador.

La figura del CÁLCULO ACTUARIAL, impide que el trabajador tenga que soportar las consecuencias por la falta de afiliación atribuible a su empleador, y, en consecuencia, garantiza que sus derechos mínimos e irrenunciables no se vean afectados por dicha omisión, pues a través de esa institución, el legislador permite que el periodo en que no se hicieron los aportes a un fondo pueda contabilizarse dentro de su historial de semanas de cotización. De ahí que constituye una solución equilibrada para los casos de omisión de la afiliación, dado que no solo permite materializar la finalidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, sino la sostenibilidad del mismo, sin perjuicio de las prerrogativas de los trabajadores¹.

El CÁLCULO PENSIONAL, debe ser asumido en su TOTALIDAD por el empleador (sentencia SL-3547 del 22 de agosto de 2018, con radicación 68.421, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), veamos:

“...De entrada, se advierte que de manera reiterada, la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que es viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, sean computados a través de cálculos actuariales representados en títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador complete la densidad de cotizaciones exigida por la ley; esto es, bajo el entendido que el derecho a la seguridad social es irrenunciable e inalienable...”

¹ Corte Suprema de Justicia - Sentencia **STL11357-2021**.

En efecto, y dado que la sentencia de primer grado se encuentra acorde al criterio jurisprudencial expuesto, habrá de confirmarse este punto de la sentencia

No existiendo más aspectos de la sentencia de primera instancia que deban ser conocidos en apelación, la misma será confirmada en su integridad.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión proferida, y la improsperidad del recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la sociedad C.I. BANACOL S.A.S., las costas procesales de la segunda instancia estarán a cargo de dicha parte y a favor de la demandante ORFA EMPERATRIZ OSPINA RENDÓN, según lo dispuesto en el numeral 1° del art. 365 del Código General del Proceso, dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de \$580.000 equivalente a ½ SMLMV para la anualidad 2023.

VIII - DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISION LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación de fecha 19 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Envigado - Antioquia, según lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia, a cargo de C.I. BANACOL S.A.S., y a favor de la demandante ORFA EMPERATRIZ OSPINA RENDÓN, dentro de

las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de \$580.000 equivalente a ½ SMLMV para la anualidad 2023.

TERCERO: En su debida oportunidad, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

CUARTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA