

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

SENTENCIA LABORAL

Veinticinco (25) de Agosto de dos mil veintitrés (2023)
Sentencia aprobada en sesión de la fecha, según ACTA N°117

RAD:20-00 1-31-05-004-2022-00091-02 proceso ORDINARIO LABORAL promovido por FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA contra PALMERAS DE LA COSTA S.A. Y OTRAS.
--

1. OBJETO DE LA SALA.

De conformidad con la Ley 2213 del 13 de junio 2022, por medio de la cual se adopta como legislación permanente el Decreto 806 de 2020, la Sala Tercera Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA, JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ** y **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida el 02 de mayo de 2023, por el Juzgado Cuarto laboral del circuito de Valledupar, cesar dentro del proceso de referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1 DEMANDA Y CONTESTACIÓN.

2.1.1 HECHOS

2.1.1.1. El señor FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA prestó servicios laborales para la empresa PALMERAS DE LA COSTA S.A., en el periodo

comprendido entre el 02-03-1983 hasta 20-01-1996, desempeñando el cargo de operario de campo.

2.1.2. la demandada durante la relación laboral, no canceló a favor del demandante, la totalidad de los aportes a pensión, ante la entidad administradora de pensiones Colpensiones a la cual se encontraba afiliado.

2.1.3. Para el año 2023, actor cumplió 62 años de edad requisito para la pensión y a la fecha 04-10-2023 el demandante de conformidad con el cálculo realizado, teniendo en cuenta las semanas o aportes realizados al igual que las semanas reclamadas con la presente, no alcanzará a cumplir con la densidad de semanas o aportes requeridas por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES—PORVENIR a la cual se encuentra afiliada actualmente para optar a una pensión de vejez.

2.1.4. La empresa PALMERAS DE LA COSTA S.A. incumplió con la obligación de realizar la provisión de capital necesario para satisfacer los aportes a pensión del demandante durante la existencia de relación laboral, al igual que no transfirió dicho aprovisionamiento a la entidad administradora de fondos de pensiones a la que se encontraba afiliado el demandante, para que ésta, asumiera paulatinamente el pago de la mencionada pensión de vejez en caso de que el trabajador cumpliera con los requisitos de semanas y edad.

2.1.5. Las administradoras de fondos de pensiones en las cuales ha estado afiliado el demandante (hoy PORVENIR S.A), han incurrido en omisión, al NO ejercer las acciones de cobro pertinentes por los periodos faltantes y no cotizados a favor del trabajador, por parte de la empresa PALMERAS DE LA COSTA S.A. a pesar de que el legislador las ha dotado de las herramientas necesarias para el ejercicio de las acciones pertinentes.

2.2 PRETENSIONES

2.2.1. Declárese que la empresa PALMERAS DE LA COSTA S.A. durante la vigencia de relación laboral con FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA no realizó el aprovisionamiento de capital para los aportes a pensión, ni canceló en su momento la totalidad de los aportes pensionales al sistema general de pensiones al cual se encontraba afiliado el demandante.

2.2.2. Declárese que PORVENIR S.A. tiene la obligación de liquidar el valor de los aportes a los riesgos de invalidez, vejez y muerte no cotizados por PALMERAS DE

LA COSTA S.A. durante la existencia de relación laboral con el demandante, a favor de FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA a través del cálculo actuarial respectivo, y exigir el pago de los mismos a la demandada (PALMERAS DE LA COSTA SA).

2.2.3. Que se condene a la empresa PALMERAS DE LA COSTA S.A. a cancelar los aportes no cotizados durante la existencia de relación laboral con el demandante, ante el sistema pensional, a favor de FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA con destino a la administradora de fondos y pensiones–PORVENIR SA, mediante el trámite administrativo de “calculo actuarial” ante la gerencia nacional de ingreso y egresos de dicha entidad.

2.2.4. Condénese a PORVENIR SA a corregir la historia laboral de FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA teniendo en cuenta el tiempo realmente laborado con PALMERAS DE LA COSTA SA.

2.2.5. Condénese a PORVENIR SA al reconocimiento, pago y devolución de aportes, de la totalidad del saldo abonado en cuenta individual de ahorro pensional del demandante, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensional si a este hubiera lugar; a favor de FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA, al no acreditarse los requisitos para la pensión de vejez.

2.2.6. Que se condene a la demandada a pagar las costas del proceso a favor del demandante.

2.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.3.1 PALMERAS DE LA COSTA S.A.

Respecto de los hechos presentes en el libelo de la demanda, manifiesta la accionada que algunos no son ciertos, y otros no le constan.

Realiza una claridad sobre la relación o vínculo laboral existente entre el señor FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA y PALMERAS DE LA COSTA S.A., manifestando que ya fue discutido, desistido, haciendo transito a cosa juzgada y mal se puede estar nuevamente planteado en esta demanda, también se afilio al actor para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cuando lo permitieron las circunstancias. Argumenta que no es cierto que PALMERAS DE LA COSTA S.A. no realizó los aportes al sistema general de pensiones del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cuando lo permitieron las circunstancias. Manifiesta

oponerse a todas y cada una de las pretensiones incoadas por el actor. Propuso como excepciones...: *“cosa juzgada por desistimiento, prescripción, inexistencia de la obligación”*.

2.3.2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En lo referente a los hechos en su mayoría no le constan, se opone a cada una de las pretensiones y presenta como excepciones de mérito las siguientes: *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe, carencia de acción y falta de causa en las pretensiones de la demanda.*

2.3.3. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

En lo referente a los hechos manifiesta no le constan, se opone a las pretensiones y presenta como excepción previa, falta de legitimación por causa pasiva, prescripción.

2.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

- Declarar que entre el señor FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA y PALMERAS DE LA COSTA S.A, existió un contrato de trabajo, entre el 2 de marzo de 1983 al 20 de enero de 1996, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.
- Condenar a PALMERAS DE LA COSTA S.A, a constituir y cancelar a favor de FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA, por conducto de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS, PORVENIR S.A, el valor del cálculo de la reserva actuarial y/o título pensional correspondiente, liquidables desde que se hicieron exigibles hasta la fecha de pago, con los valores indicados en la parte motiva, por los siguientes periodos:
 - ✓ Del 2 de marzo de 1983 al 13 de febrero de 1985
 - ✓ Del 1 de enero de 1986 a 31 de diciembre de 1986-Del 1 de enero de 1987 a 31 de diciembre de 1987
 - ✓ Del 1 de enero de 1988 a 31 de julio de 1988-Del 5 de noviembre de 1988 a 31 de diciembre de 1988
 - ✓ Del 1 de enero de 1986 a 20 de enero de 1996.
- Se declara probada de manera oficiosa conforme al artículo 282 del CGP, la excepción perentoria de “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, respecto de la litisconsorte-necesaria ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES “COLPENSIONES”, en consecuencia, se absuelve a dicha demandada de todas las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

- Se condenó en costas a PALMERAS DE LA COSTA S.A

2.5. PROBLEMA JURÍDICO ABORDADO POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.

Se fijó la Litis concretándose en:

“Determinar si PALMERAS DE LA COSTA S.A. tiene la obligación legal de pagar calculo actuarial a PORVENIR a favor del demandante, FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA, por el periodo trabajado entre el 02 de marzo 1983 al 20 de enero de 1996 respecto de los cuales la demandada no realizó el pago de dichos aportes”

La Juez de primera instancia aborda este problema jurídico refiriendo en principio la orfandad y dispersión normativa latente en los años que acaecieron los hechos, teniendo en cuenta que la aplicación del Instituto de Seguros Sociales (ISS), se dio de forma progresiva, por lo que en los lugares que aún no existía cobertura el empleador no le asistía la obligación de afiliar al trabajador y realizar los aportes de cotización en pensión, esta circunstancia no exonera PALMERAS DE LA COSTA indefinidamente de sus obligaciones frente al sistema de pensiones en razón a que pese a ese hecho tiene la obligación y responsabilidad la demandada de contribuir al financiamiento de la pensión del demandante por los tiempos laborados y no cotizados emitiendo el cálculo actuarial o bono pensional como lo ha expuesto la corte suprema de justicia quien abandonó antiguas colusiones que predicaban inmunidad total del empleador frente a estas circunstancias en las que había aceptado que no incurriría en obligación de afiliación de su trabajador y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del instituto de seguro social, así las cosas en su reemplazo la tesis vigente en la Corte Suprema de Justicia es que, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin obtener reconocimiento de la prestación pensional por causas ajenas a su voluntad y a la del empleador, en el entendido es que el derecho a la seguridad social es fundamental e irrenunciable, la corte estimó 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 nacional fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigidas por

la ley y en ese orden de ideas esos periodos no afiliación por falta de cobertura deben ser cubiertos por el empleador por mantener en cabeza suya el riesgo pensional.

La Corte Constitucional, manifestando que aunque no estuviera vigente el vínculo laboral el empleador debería pagar los aportes a pensión dejados de pagar porque la Ley 90 de 1946 estableció que los empleadores del sector privado estaban obligados a realizar el aprovisionamiento necesario para que posteriormente cuando el ISS diera la orden de afiliación pagaran los aportes respectivos toda vez que lo contrario daría origen a una injusticia derivada del servicio prestado por el trabajador pero no reconocido en aporte, igualmente se dijo que el derecho al pago de portes es imprescriptible porque con estos aportes se construye el derecho a la pensión, y someterlos al termino trienal haría anulatorio el derecho pensional.

En el presente asunto se tiene que el empleador debe pagar el título pensional correspondiente al valor del cálculo de la reserva actuarial actualizado a la fecha de pago por a los períodos que van del 2 de marzo de 1983 al 13 de febrero de 1985; 1° de enero de 1986 al 31 de diciembre de 1986; 1° de enero de 1987 al 30 diciembre del mismo año; 1° de enero de 1988 al 31 de julio del mismo año; 5 de noviembre de 1988 al 31 de diciembre del mismo año y del 01 de enero de 1996 al 20 de enero de 1996, como quiera que para esa fecha se encontraba vigente el contrato de trabajo y no se reportó cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones tal como lo debe haber reporte semanas cotizados que fue emitido por el Instituto del Seguro Social hoy Colpensiones aportado por el demandante con la demanda y la contestación de la misma Palmeras de la costa deberá constituir y cancelar los aportes a favor de FLORENTINO ANTONIO BOLAÑOS PEÑALOZA por conducto de la sociedad administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A .el valor del cálculo de la reserva actuarial y o título pensional correspondiente liquidable desde el que se hicieron exigente hasta la fecha de pago teniendo como salario base de cotización los valores que reporte la demandada de la liquidación ,los cuales en ningún momento pueden ser inferiores al mínimo legal mensual vigente conforme a lo establecido en el artículo 132 del código sustantivo del trabajo, por lo tanto PALMERAS DE LA COSTA S.A. debe proceder al pago correspondiente para que se incluyan en la historia laboral los periodos laborados y no cotizados mencionados en precedente.

De acuerdo con la nueva tesis de la Corte Suprema de Justicia PALMERAS DE LA COSTA S.A. tiene la obligación de pagar el cálculo actuarial por los tiempos

omitidos, por lo que debe entonces reconocer pagar y trasladar a COLPENSIONES el título pensional correspondiente a los periodos anteriormente mencionados respecto de los cuales la demandada no realizó el pago de dichos aportes.

2.6 RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandada, presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia teniendo en cuenta los siguientes tópicos:

- No se encuentra de acuerdo con condena, manifiesta que la acción laboral hace transito a cosa juzgada, pues el demandante a través de apoderado judicial desistió de la acción presentada en el juzgado de fundación.
- Manifiesta el apoderado judicial de la demandada que el juzgado desconoce de manera tajante la solicitud de vinculación a Colpensiones.
- No se encuentra de acuerdo con la condena del pago del cálculo actuarial a favor de la actora, en razón a que está demostrado dentro del proceso que en el municipio del copey no existía cobertura del ISS durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada, esto es del 2 de marzo 1983 hasta el 20 de enero de 1996, por lo que no existía la obligación del empleador de cotizar en pensiones a favor de los trabajadores.

2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.7.1. PARTE RECURRENTE.

Por medio de auto de 01 de junio de 2023, se corrió traslado a la parte recurrente, para presentar sus alegatos de conclusión, haciendo uso de estederecho de la siguiente forma:

Señala PALMERAS DE LA COSTA S.A. que el *a-quo* desatendió la filiación realizada, sin realizarse el más mínimo escrutinio a dicha afiliación y de si existían obligaciones de recaudo o no de las administradoras, desconociéndose la igualdad constitucional, el debido proceso, acceso a la administración de justicia, artículos 13,29,228 y 229 de la carta política de 1991, en concordancia con los artículos 4 y 14 del C.G.P.

Entonces se violó el debido proceso y acceso a la administración de justicia, ya que no se tuvo en cuenta la documental aportada donde aparecen las inscripciones al mismo sistema de seguridad social y la aceptación por parte del demandante que fue afiliado.

Igualmente, el a quo se apartó de la excepción de cosa juzgada propuesta con el argumento que el derecho solicitado es un derecho cierto, irrenunciable, imprescriptible, sustentando en sus motivaciones que esta defensa no operaba, además que no podía existir la cosa juzgada al no haber identidad de partes y el derecho reclamado era un derecho irrenunciable, lo cierto es que la cosa juzgada respecto de PALMERA DE LA COSRA S.A. indiscutiblemente estaba llamada a prosperar, porque quien tomó la decisión fue el apoderado judicial del demandante en el juzgado laboral de fundación -magdalena, el cual actuó revestido de todas las facultades consagradas en la ley para desistir del proceso; y, además, no fue propuesta ninguna nulidad ni declaración de ningún vicio del consentimiento para desechar la cosa juzgada.

Por último, solicito a el señor magistrado, revoque la decisión del juzgado cuarto laboral de Valledupar, ya que PALMERAS DE LA COSTA S.A. no tiene ninguna obligación, cuando aún más, el demandante recibió la suma de \$15.000.000, de la cual no se hizo ninguna mención.

2.7.2. ALEGATOS DE LA PARTE NO RECURRENTE.

Por medio de auto de 22 de junio de 2023, se corrió traslado a la parte recurrente, para presentar sus alegatos de conclusión, los que fueron presentados de forma extemporánea.

3. CONSIDERACIONES.

Preliminarmente debe expresarse, que, verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, razón por la cual debe ceñirse al principio de consonancia.

Por otro lado, se expresa, que los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, situación que permite proferir una decisión de fondo. Además, no se evidencia causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

3.1. COMPETENCIA.

Este tribunal tiene competencia tal como se asigna el Artículo 15 literal B numeral 1 del C.P.T.S.S.

3.1.2. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Es preciso manifestar que no es un tema de discusión la existencia de la relación laboral entre el señor FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA y

PALMERAS DE LA COSTA S.A., toda vez que fue aceptada por la demandada y probada dentro del proceso mediante constancia visible en el archivo digital 01 en anexo 02 , folio 2, expedida por el director de recursos humana de la entidad demandada, donde se quedan establecidos los extremos laborales de esta relación, se tiene que el problema jurídico principal a desatar es el siguiente:

¿Es procedente la excepción de cosa juzgada interpuesta por la demandada?

En caso negativo, se debe proceder a determinar si:

¿Desconoció el juez de primera instancia la solicitud de vinculación de Colpensiones?

¿La falta de afiliación del empleador al sistema de la seguridad social en pensiones por no cobertura lo excluye de la responsabilidad del pago mediante título pensional conforme a calculo actuarial de los aportes no realizados?

3.3. FUNDAMENTO NORMATIVO

3.3.1. CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

Artículo 303. Cosa Juzgada. *La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.

3.3.2. ARTICULO 61. litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. *Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la*

demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado

(...) Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.

3.4 PRECEDENTE VERTICAL

3.4.1 JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL

3.4.1.1. Deber de afiliación por el empleador y consecuencias por el incumplimiento (Corte Constitucional, SU226/19, MP Dra. DIANA FAJARDO RIVERA)

*“El desconocimiento de la afiliación por parte del empleador desestructura indebidamente la relación triangular en materia de pensiones, porque imposibilita jurídica y materialmente la vinculación de la entidad administradora correspondiente, y con ello el ejercicio de sus facultades relacionadas con la exigibilidad de los demás deberes pensionales del contratante. **Por ello, la responsabilidad de la omisión de la afiliación recae exclusivamente en el empleador incumplido.**”*

3.4.2 JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

3.4.2.1. Irrenunciabilidad de los aportes y derechos pensionales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral SL1551-2021 del 10 de marzo de 2021 con radicado No. 80771. M.P Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán)

*“En primer lugar, es verdad que para la fecha en la que se desarrollaron los diversos vínculos laborales del actor, el Instituto de Seguros Sociales no había extendido su cobertura sobre las empresas del sector del petróleo, como la demandada, lo que solo vino a darse a partir del 1 de octubre de 1993, por medio de la Resolución n.º 4250 de 1993. No obstante, ante dicha realidad, **esta Sala de la Corte ha concluido que los empleadores, no obligados a realizar la inscripción, conservaban en todo caso obligaciones pensionales a su cargo, fruto de la imposibilidad de subrogación del riesgo, que se podían traducir en el reconocimiento de la pensión de jubilación o, en últimas, en el pago de los aportes correspondientes al tiempo servido y no afiliado, por medio de cálculos actuariales**, en los términos definidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993”.*

(...)

“Por otra parte, del hecho de que la jurisprudencia de esta corporación hubiera sufrido ciertas variaciones y haya evolucionado desde una cierta inmunidad del empleador respecto de periodos dejados de aportar, por falta de cobertura del ISS, hasta garantizar su validación por medio de cálculo actuarial (CSJ SL9856-

2014 y CSJSL17300-2014), no puede concluirse que el pago de los aportes constituyera un derecho incierto, pues lo importante es que, como ya se dijo, durante los periodos en los que no existía cobertura del ISS el empleador conservaba una clara carga pensional, establecida diáfananamente en la Ley 90 de 1946 y reconocida en las disposiciones de la Ley 100 de 1993”.

(...)

“esta Sala concluyó que los aportes destinados al sistema de seguridad social en pensiones no pueden ser materia de conciliación entre empleador y trabajador, por ser recursos de propiedad del sistema y constituir derechos ciertos e indiscutibles” negritas y subrayas propias

(...)

“En efecto, la Corte debe llamar la atención en que, como se dijo anteriormente, el hecho de que el Instituto de Seguros Sociales no hubiera extendido su cobertura sobre las empresas del sector del petróleo, como se verificó en este caso, implicaba que las mismas conservaran obligaciones pensionales precisas, que bien se podían traducir en el pago de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, con cargo exclusivo a sus recursos o, en últimas, en la convalidación de los tiempos servidos y no aportados ante la respectiva entidad de seguridad social, por medio de cálculo actuarial, en la forma prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3892-2016 y CSJ SL1342-2019)”.

3.4.2.2. Aplicación del cálculo actuarial, para el empleador incumplido con la obligación de afiliación del trabajador como garantía de acceso al sistema general de la seguridad social. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1505-2020 Radicación N° 78240 del 21 de abril de 2020 MP Dr. OMAR DE JESUS RESTREPO OCHOA)

“(…) En efecto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que el empleador, que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (...)

Ello es así, porque el pago del mencionado título a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el trabajador, tiene por finalidad cubrir esos periodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, es decir, su único objetivo es que se perfeccione la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador. (Subrayas al margen).

[...]

Lo anterior, busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente, tratándose de periodos realmente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales. Por lo anterior, cuando no fue posible la afiliación, lo pertinente es que el empleador pague el título

pensional para que se integre el capital que se requiere para el otorgamiento de la pensión de vejez.

Por otra parte, esta Corporación ha explicado que lo dispuesto en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, disposiciones que establecen que las entidades de seguridad social pueden tener en cuenta el tiempo servido como tiempo efectivamente cotizado, con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda por los tiempos omitidos, son aplicables a las pensiones que se otorguen en virtud del régimen de transición (CSJ SL9856-2014 y CSJ SL068-2018).

Ahora, la Corte ha precisado que para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c) del artículo 33 en comento, no es necesario que el contrato de trabajo esté vigente a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, toda vez que dicho aparte es contrario a los postulados de la seguridad social y, por ello, lo ha inaplicado, entre otras, en las sentencias CSJ SL 42398, 20 mar. 2013, CSJ SL646-2013, CSJ SL2138-2016, CSJ SL15511-2017 y CSJ SL3937-2018.

(...) Ello, porque el derecho a la pensión es de carácter fundamental y, por tanto, se debe garantizar sin afectar la estabilidad financiera del sistema, en la medida que propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores y de las entidades de seguridad social con las cotizaciones sufragadas, situación que no depende de que el empleador sea público o privado, o que sea o no pagador de pensiones. [...].

4. CASO EN CONCRETO.

El señor FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA, pretende que PALMERAS DE LA COSTA S.A, realice el pago de título o bono pensional por el tiempo laborado, durante el cual la entidad demandada no realizó los aportes correspondientes al SGSS en pensiones como empleador, valor que se tendrá por cálculo actuarial realizado por COLPENSIONES y se remitirá a PALMERAS DE LA COSTA, y una vez realizado el pago se actualice su historia laboral.

En contraprestación de lo indicado por la actora, PALMERAS DE LA COSTA S.A, se opone a las pretensiones, propone la excepción de cosa juzgada y señala que el municipio del Copey, Cesar, no contaba con cobertura para la época en que el demandante laboró.

Mediante sentencia del 02 de mayo de 2023 el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar accedió a las pretensiones, por lo que la parte demandada PALMERAS DE LA COSTA S.A. interpuso recurso de reposición argumentando que

no le asiste la obligación de tal pago, toda vez que para la fecha del vínculo contractual no existía cobertura del ISS en el lugar de los servicios prestados.

Se descende entonces a resolver los problemas jurídicos planteados:

¿Es procedente la excepción de cosa juzgada formulada por la demandada?

Manifiesta el recurrente que dicha acción laboral hace tránsito a cosa juzgada, pues el señor BOLAÑO PEÑALOSA en el año 2011, interpuso una demanda en el juzgado de fundación, magdalena, la cual podemos visualizar en el archivo 11 folio 33 al 49 del expediente digital allegado a este despacho, se solicitó el reconocimiento de la relación laboral en los mismos extremos temporales, que se realizaran los pagos de aportes a seguridad social no efectuados, demanda que fue desistida por el señor BOLAÑO PEÑALOSA, después de llegar a un acuerdo transaccional con PALMERAS DE LA COSTA S.A el 15 de diciembre de 2011, según lo dicho por la parte demandada PALMERAS DE LA COSTA, sin embargo dicha transacción no obra en el plenario, el único documento que aporta es el desistimiento sin que se pueda verificar el contenido de la transacción (archivo 11 folio 145 expediente digital).

Ahora bien, el Tribunal estima que lo concerniente a la postura de la *a-quo al resolver como previa la excepción de cosa juzgada* es acertada, pues en este caso no se cuenta con los elementos necesarios para poder resolver dicha excepción, señala que la encuentra como no probada, con base en el artículo 303 del C.G.P. que señala que para que una sentencia pueda tener los efectos de cosa juzgada se requieren tres requisitos, que verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

En cuanto a la identidad de partes en dicha diligencia, solo se había demandado a PALMERA DE LA COSTA, con la presente demanda, no solamente se está demandando a dicha empresa, sino también a PORVENIR S.A. y se vinculó a Colpensiones como litisconsorte necesario por consiguiente no existe identidad de partes.

La identidad de partes, finalmente, se concreta no en la equivalencia física, sino jurídica de los sujetos vinculados al pleito; su fundamento racional consiste, en esencia, en el principio de relatividad de las sentencias.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia STC18789-2017, precisó:

“(...) atañe a la posición jurídica o situación jurídica de la parte, titular del interés asignado por el derecho, ab origine o ab posteriore, comprendiendo hipótesis de adquisición originaria y derivativa, traslativa o constitutiva y presupone la concurrencia a proceso del titular del derecho debatido, relación, situación o posición jurídica para deducir una pretensión frente a alguien, contemplándose los extremos de la relación procesal, esto es, el titular de la pretensión (parte activa o demandante) y vinculado a ésta (parte pasiva o demandada) o, lo que es igual, la coincidencia de los titulares de la relación jurídica sustancial y procesal debatida en juicio”».

En razón a lo anteriormente expuesto no le asiste la razón al recurrente y se confirma la decisión adoptada en primera instancia respecto a la Cosa Juzgada.

¿Desconoció el juez de primera instancia la solicitud de vinculación de Colpensiones?

En cuanto a solicitud de vinculación de Colpensiones, observa este despacho en archivo digital 15 del expediente allegado a este despacho, en el cual se avizora auto de 22 de septiembre de 2022, en el que se ordena vincular al proceso como litisconsorte necesario a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, indicó el a-quo que en el evento, que resultara procedente la pretensión de pago de aportes a seguridad social y pensión, solicitado por el demandante FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA, gran parte de dichos aportes, corresponderían al tiempo en el cual, el accionante estuvo afiliado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES y dicha entidad administradora sería la llamada a recibir el pago y realizar el cálculo actuarial de los referidos aportes a la seguridad social en pensión que pretende el accionante en este asunto y luego de recibir dicho pago, deberá realizar el traslado de ese periodo a la demandada PORVENIR S.A. Situación lejana a lo indicado por el recurrente pues COLPENSIONES fue vinculado mediante auto del 22 de septiembre de 2022, por lo que sin mayores elucubraciones denegará la alzada respecto a este punto.

¿La falta de afiliación del empleador al sistema de la seguridad social en pensiones por no cobertura lo excluye de la responsabilidad del pago mediante título pensional conforme a cálculo actuarial de los aportes no realizados?

Se duele el recurrente que no hay razón al pago del cálculo actuarial ni el bono a título pensional, pues durante el tiempo que la actora estuvo vinculada no había cobertura del ISS, no existiendo la obligación de cotizar al fondo de pensiones en favor de la actora.

Este despacho estima que lo concerniente a la postura de la *a-quo* respecto a la determinación de la de la tesis de la falta de afiliación es acertada y concuerda con las líneas jurisprudenciales pluricitadas, las cuales abordan múltiples aspectos jurídicos entre ellos el más importante son los efectos de la falta de afiliación del empleador respecto al derecho social del trabajador.

Es menester señalar varios puntos:

- ✓ El Tribunal de Cierre ha referido la responsabilidad de los empleadores la responsabilidad de afiliación al sistema de seguridad social en pensión.
- ✓ En aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, la Corte también optó, por imponer el reconocimiento del servicio prestado y las cotizaciones a través de cálculo actuarial al sistema de seguridad social en pensión.

A manera de colofón, en el presente caso se puede decir que el empleador no actuó de manera *incuriosa* al no afiliar a la trabajadora al SGSS en pensiones, pues acéptese que en el municipio donde se prestó el servicio no existía cobertura del ISS; sin embargo, persiste en cabeza de éste dicha obligación respecto de los aportes no realizados; es por ello que le asiste el pago de los aportes necesarios (acordes al tiempo laborado) para el abrigo de la pensión de vejez del trabajador FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA , teniendo en cuenta que en el libelo de demanda manifiesta estar próxima a cumplir la edad requerida para adquirir este derecho y le es necesario el reporte de cotización del tiempo laborado con la hoy demandada para completar el número de semanas exigidas por el RPM.

Es de anotar que es cierto que para la época en que la actora laboró no había cobertura, también lo es que los empleadores no obligados a realizar la inscripción, conservan en todo caso la obligación pensional, que se puede traducir en el reconocimiento una pensión o en el pago de los aportes correspondientes al tiempo servido y no afiliado por medio de cálculo actuarial; todo esto en aplicación a la sentencia traída a esta providencia como material de apoyo SL1551-2021 del 10 de marzo de 2021 proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Resumiendo las citas jurisprudenciales traídas como insumo se puede decir En sentencias CSJ SLSL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado su jurisprudencia consistente en que ante la

omisión en la afiliación del trabajador por parte de su empleador al sistema general de pensiones, es deber de las entidades que conforman el sistema tener en cuenta los periodos servidos como tiempos efectivamente cotizados, generándose como consecuencia en contra del empleador el desembolso del respectivo título pensional a satisfacción de la correspondiente entidad y no el reconocimiento directo de la prestación económica.

De tal suerte que la afirmación realizada por el Juez en este caso resulta apropiada, pues la omisión del empleador en la afiliación por falta de cobertura, **NO LA EXCLUYE de la responsabilidad del pago mediante título pensional conforme a calculo actuarial de los aportes no realizados.**

Ahora, en este sentido acierta de un todo el Juez de primera instancia, al condenar la demandada, PALMERAS DE LA COSTA S.A. al pago de los aportes conforme a los extremos del contrato de trabajo declarados.

Sin embargo, y a fin que la sentencia de primera instancia tome fuerza ejecutoria, omitió la primera instancia otorgar un término tanto a la entidad encargada de liquidar y recibir el aporte, así como a la entidad encargada del pago; para que no se torne incierto e indefinido el derecho del trabajador en el tiempo, por lo que se requerirá a COLPENSIONES, para que determine el cálculo actuarial dentro de los 15 días calendario siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Finalmente, respecto de aportes correspondientes del 02 de marzo de 1983 hasta el 20 de enero de 1996, se pagarán dentro de los 30 días calendario, posteriores a la presentación del cálculo actuarial por Colpensiones. En este sentido se adiciona a la sentencia de primera instancia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del dos (02) de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral de Valledupar la cual quedará al siguiente tenor:

“PRIMERO: Declarar que entre el señor **FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA** y **PALMERAS DE LA COSTA S.A.**, existió un contrato de trabajo, del 2 de marzo de 1983 al 20 de enero de 1996, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES, determinar el cálculo actuarial dentro de los 15 días calendario siguientes a la ejecutoria de esta sentencia;

TERCERO: CONDENAR a PALMERAS DE LA COSTA S.A, a constituir y cancelar a favor de FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA, dentro de los 30 días calendario, posteriores a la presentación del cálculo actuarial por Colpensiones por conducto de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS, PORVENIR S.A, el valor del cálculo de la reserva actuarial y/o título pensional correspondiente, liquidables desde que se hicieron exigibles hasta la fecha de pago, con los valores indicados en la parte motiva, por los siguientes periodos:

- Del 2 de marzo de 1983 al 13 de febrero de 1985
- Del 1 de enero de 1986 a 31 de diciembre de 1986
- Del 1 de enero de 1987 a 31 de diciembre de 1987
- Del 1 de enero de 1988 a 31 de julio de 1988
- Del 5 de noviembre de 1988 a 31 de diciembre de 1988
- Del 1 de enero de 1986 a 20 de enero de 1996.

Los cuales deben ser incluidos en la historia laboral del señor **FLORENTINO ANTONIO BOLAÑO PEÑALOSA**, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: DECLARAR probada de manera oficiosa conforme al artículo 282 del CGP, la excepción perentoria de “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, respecto de la litisconsorte-necesaria ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, en consecuencia, se absuelve a dicha demandada de todas las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: Se condena en costas a la demandada PALMERAS DE LA COSTA S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV a la fecha de esta sentencia.

TERCERO: las demás disposiciones de la sentencia recurrida se mantendrán incólume.

CUARTO: CONDENAR en agencias en derecho a la parte recurrente por la suma de UN (1) SMLMV por no salir avante el recurso interpuesto. Liquídese en forma concentrada conforme los señala el artículo 366 del CGP.

QUINTO: NOTIFICAR la presente providencia a las partes. Para tal fin remítase a la secretaría de este Tribunal..

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
MAGISTRADO PONENTE

(con ausencia justificada)
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
MAGISTRADO

JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
MAGISTRADO