



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

SENTENCIA No. 52

(Aprobado mediante Acta del 9 de marzo de 2021)

Proceso	ORDINARIO
Radicado	76001310500820160047401
Demandante	HERNANDO TASCÓN JARAMILLO
Demandado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-
Litis consortes	C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. PINSKI Y ASOCIADOS S.A. LIQUIDADO
Asunto	PENSIÓN DE VEJEZ RÉGIMEN DE TRANSICIÓN
Decisión	CONFIRMA

AUTO

En atención al memorial poder allegado al expediente, se reconoce personería adjetiva a la Dra. María Claudia Ortega Guzmán identificada con T.P. 216.519 del C.S. de la J., a su vez, se le reconoce poder de sustitución al Dr. Edwin Jhovany Florez de la Cruz identificado con T.P. No. 309.223 del C.S. de la J.

En Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, el día veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021), la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, conformada por los Magistrados ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA y CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ, quien actúa como ponente; obrando de conformidad con el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y el Acuerdo No. PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, adopta la decisión con el fin de dictar sentencia dentro del proceso referenciado, en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que, por tanto, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 1° de diciembre de 2012, conforme al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año. Deprecó igualmente intereses moratorios, todo lo que resulte probado conforme a las facultades *ultra y extra petita* y el pago de las costas.

Como hechos relevantes señaló que, nació el 21 de agosto de 1943 y que el 8 de abril de 2015 reclamó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez, pedimento que fue resuelto desfavorablemente mediante Resolución # GNR199964 de 2015 con fundamento en que solo reunió un total de 940 semanas. Que el 18 de febrero de 2016 solicitó la corrección de la historia laboral a fin de que se incluyeran los periodos 16/01/1995 a 15/03/1998 y 01/02/2002 a 30/05/2002 servidos en favor de PINSKI Y ASOCIADOS INGENIEROS ARQUITECTOS CONTRATISTAS y GRODCO SCA INGENIEROS CIVILES respectivamente, conforme a las certificaciones expedidas, así como los periodos 01/02/2002 a 30/05/2002 en los que oportunamente cotizó en calidad de trabajador independiente pero se reflejan con pago extemporáneo, pedimento que no recibió respuesta.

Expuso que en total cotizó 1323 semanas en toda su vida laboral, que es beneficiario del régimen de transición por cuanto a 1° de abril de 1994 había alcanzado ya la edad de 51 años y que el requisito etario para alcanzar la pensión lo cumplió el 21 de agosto de 2003, cuando llegó a los 60 años.

Colpensiones aceptó los hechos que dan cuenta de la solicitud elevada en torno al reconocimiento de la pensión y de la respuesta negativa que frente a ello se suministró. Alegó que el afiliado no logró reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, ni las 750 semanas necesarias para conservar la

transición, ni tampoco las condiciones de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones las que denominó «*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*», «*COBRO DE LO NO DEBIDO*»; «*BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA*»; «*PRESCRIPCIÓN*»; y «*LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE NIEGA LA PENSIÓN DE VEJEZ AL (LA) DEMANDANTE*».

Luego de que la juzgadora de primer grado considerara necesaria su vinculación por vía litisconsorcial, C.I. GRODCO Ingenieros Civiles S.A.S. acercó escrito de contestación a través del cual expresó que, en su calidad de empleador, realizó todos los aportes pensionales que por ley le correspondían conforme de ello se dejó constancia en el acta de conciliación suscrita con el actor, en la que este lo declaró a paz y salvo por toda obligación laboral. Formuló las excepciones que denominó «*INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS*», «*COBRO DE LO NO DEBIDO*»; «*COMPENSACIÓN*»; «*PRESCRIPCIÓN*»; y «*FALTA DE CAUSA*».

Por su parte, el Curador *Ad Litem* del también vinculado *litisconsorte* Pinski y Asociados S.A., acercó contestación en la que, si bien no formuló excepciones, manifestó que al actor no le asiste el derecho reclamado respecto de esa societaria, en tanto no demostró haber laborado en su servicio durante los límites temporales alegados.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

A través de sentencia del 19 de octubre de 2017, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de todas las pretensiones instauradas en su contra. En su lugar, CONDENÓ a C.I. GRODCO Ingenieros Civiles S.A.S. a pagar a Colpensiones, el cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 16 de enero y el 30 de septiembre, ambos de 1995, junto con los aportes en mora de los ciclos de octubre de 1997 a marzo de 1998.

A esa decisión arribó luego de extraer del debate los hechos que dan cuenta del fallecimiento del demandante en fecha 1° de julio de 2017 y la liquidación definitiva de la persona jurídica Pinski y Asociados S.A., desde el 28 de diciembre de 2006,

exponiendo a continuación, en síntesis, que si bien el demandante acreditó mediante certificaciones cuyo contenido debe reputarse cierto que laboró en favor del liquidado Pinski y Asociados S.A. para el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 1979 y el 30 de abril de 1985 y de GRODCO S.C.A. Ingenieros Civiles hoy C.I. GRODCO Ingenieros Civiles S.A.S., desde el 16 de abril de 1995 hasta el 15 de marzo de 1998, el acrecentamiento de las semanas de cotización echadas de menos en la historia laboral de cara a esos empleadores solo debía presentarse respecto de los siguientes lapsos y por las siguientes razones:

Empleador	Periodo		Observación
	Desde	Hasta	
Pinski y Asociados S.A. Liquidado	01/MAR/1979	06/DIC/1983	No existió afiliación y la persona jurídica dejó de existir desde 2006 por liquidación definitiva. No se pueden acrecentar las semanas.
Pinski y Asociados S.A. Liquidado	07/DIC/1983	30/ABR/1985	Ya incluidos en la Historia Laboral
GRODCO S.A.S.	16/ENE/1995	30/SEP/1995	Se acrecientan 34,29 semanas a la historia laboral con el respectivo pago del cálculo actuarial por falta de afiliación. Hay simultaneidad con CONCIVILES en el periodo comprendido entre el 16 y el 31 de enero de 1995.
GRODCO S.A.S.	Octubre 1997	-	Se cotizaron 22 y debían ser 30. Se acrecientan.
GRODCO S.A.S.	Noviembre 1997	Marzo 1998	Se acrecientan en su totalidad, salvo marzo solo en 2.14 semanas.
GRODCO S.A.S.	Agosto 2006	-	Se acrecientan en su totalidad.
GRODCO S.A.S.	Julio 2012	01 de Noviembre de 2012	Se acrecientan en su totalidad.

Expuso que son diferentes los fenómenos de *falta de afiliación al Sistema Pensional* y de *mora en el pago de aportes*, uno y otro que producen distintas consecuencias que nunca deben resultar adversas al trabajador dependiente, como lo adocina la jurisprudencia de la

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto de esta última figura en sentencia Rad. 41958 de 2012 en la que se reitera lo previamente expuesto en sentencia 34270 de 2008, entiéndase, que al ente de seguridad social le corresponde asumir las consecuencias adversas y tener en cuenta el tiempo servido.

En lo que tiene que ver con la omisión de afiliación por parte del empleador, explicó que el máximo órgano de cierre de esta especialidad encontró una suerte de solución en la que el ente de seguridad social está obligado a reconocer los periodos servidos en favor del afiliado dependiente y el empleador, a pagar el respectivo cálculo actuarial.

Argumentó igualmente que conforme así lo tiene previsto el parágrafo primero del Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para que se computen en favor del trabajador los periodos servidos en los que se omitió su afiliación por parte del empleador, es necesario que este último traslade el valor del cálculo actuarial a satisfacción del ente de seguridad social, lo que en este caso resulta imposible en lo que tiene que ver con el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 1979 y el 06 de diciembre de 1983 servido en favor del empleador Pinski y Asociados S.A. frente al que no hay evidencia de afiliación, pues se trata de una persona jurídica extinta desde el año 2006.

Agregó que para a ese periodo no pueden irradiarse los efectos propios del fenómeno de la mora del empleador, precisamente por cuanto lo que ocurre es la omisión de afiliación y que en casos como este en los que resulta imposible el traslado del cálculo actuarial a cargo del empleador por encontrarse extinto, es necesario echar mano del parágrafo del Artículo 2 del Acuerdo 027 de 1993 que modifica el Artículo 76 del Reglamento de Sanciones y Cobranzas del Instituto de Seguros Sociales a través del cual se dispone que el trabajador puede realizar el pago del cálculo actuarial del periodo omitido, pero que ello no se acreditó ni menos aún, se manifestó voluntad de así proceder.

Conforme a lo ilustrado tanto en la tabla que antecede como en las líneas precedentes, acrecentó el número de semanas de las 973

reflejadas en la historia laboral contenida en el expediente administrativo aportado en medio magnético visible a folio 59, a un total de 1038.86 semanas en toda la vida laboral comprendida entre el 25 de febrero de 1970 y el 1° de noviembre de 2012.

Rememoró que si bien a primero de abril de 1994 el actor solo ajustó un total de 467.71 semanas, insuficientes para acceder a la transición de que trata el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de todas formas a ello accedió por cumplir con el requisito etario alternativo.

Señaló que el demandante solo reunió 707 semanas antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 y por tanto, el beneficio transicional solo le resultaba redimible hasta el 31 de julio de 2010, fecha para la cual si bien ya tenía más que cumplidos los 60 años de edad, solo alcanzó 923 semanas en toda la vida laboral hasta esa calenda y 432 en los 20 anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse, por lo que no reunió todas las condiciones necesarias para causar la pensión de vejez de que trata el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, ni menos aún a la consagrada en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, también por ausencia del número de semanas allí exigidas en cada uno de los aumentos del que este requisito fue pasible de manera gradual. Bajo esa cuerda argumentativa, absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra.

En todo caso, condenó a C.I. GRODCO Ingenieros Civiles S.A.S. al pago del cálculo actuarial de cara al periodo en el que omitió la afiliación, así como de los periodos en mora, a efectos de no obstaculizar los derechos de los posibles beneficiarios del causante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante formuló recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando lo que a continuación se cita textualmente, dada la falta de claridad en la exposición de motivos:

“(…) mi inconformidad consiste en que considero que si bien el despacho llegó a la conclusión que el período trabajado a la empresa Prinskin –sic- asociados entre, por mi defendido entre el 26 de abril de 1999 y el 20 de, de marzo de 1993 no estuvo, no existió un vínculo laboral, por lo cual no se puede aplicar la figura de la mora patronal, también lo es que el mismo despacho ha manifestado y ha puesto en conocimiento las herramientas que existen para solucionar ese conflicto jurídico respecto a la falta de afiliación, como es el pago del título, del cálculo actuarial, entonces teniendo en cuenta todo el trámite administrativo que ha hecho el demandante ante la administradora colombiana de pensiones, las insistentes solicitudes de corrección de historia laboral, considero que sería más justo y más equitativo y obedecería más a derecho, que el despacho profiriera sentencia condenatoria a la entidad demandada, igual ordenarle a nuestra parte, o al demandante que para poder acceder a ese derecho debe pagar dicho calculo actuarial, por eso considero que se encuentra vulnerado el derecho para acceder a la pensión de señor Hernando Tascón y solicitó a la segunda instancia profiera sentencia condenatoria en los términos como se solicitó en la demanda teniendo en cuenta dicho período de falta de afiliación, previo pago de dichos aportes”

C.I. GRODCO Ingenieros Civiles S.A.S. ejercitó su derecho a la doble instancia exponiendo como sustento de la impugnación que para imponer el pago del cálculo actuarial la sentenciadora partió de suponer que el demandante fallecido completaría el pago de los aportes necesarios para acceder a la pensión, olvidando que existe la figura de la indemnización sustitutiva por la que podrían optar los herederos, caso en el cual no sería procedente el pago del cálculo actuarial sino el de la proporción necesaria para completar la mentada indemnización respecto de los periodos en los que se dejó de cotizar.

Solicitó modificar el fallo en el sentido de absolver respecto del pago del cálculo actuarial al que fue condenado y que si bien no encuentra razón para considerar en mora los periodos comprendidos entre octubre de 1997 y marzo de 1998 pues tales pagos figuran en la historia laboral de cara a los cuales *“no existe claridad respecto de a qué concepto finalmente fueron a dar y en dado caso (...)”* la condena debe limitarse al cobro de tales ciclos, que no, del ya referido cálculo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este Despacho Judicial, a través de Auto, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Estando dentro de la oportunidad procesal, la parte demandada Colpensiones, presentó escrito de alegatos, por su lado, la parte demandante no presentó los mismo, dentro del término concedido para tal fin.

Es así, que se tienen atendidos los alegatos de conclusión presentados en esta instancia.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

En virtud de lo dispuesto en el Artículo 66 del CPTSS y contraída la materia al marco funcional de que trata el Artículo 66 A de ese mismo cuerpo normativo, esto es, con sujeción al principio de consonancia, la competencia de esta Sala de Decisión se limitará al análisis del tema propuesto por los extremos recurrentes en la forma ya descrita y si todo ello tiene fuerza suficiente para producir el efecto por cada uno de ellos perseguido, es decir, desde la arista del demandante la revocatoria de la decisión y desde la del demandado, la revocatoria de la condena respecto del cálculo actuarial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para poner fin al conflicto y en lo que estrictamente interesa al recurso ordinario de apelación, se circunscribirá el problema jurídico de esta controversia en determinar: *i)* si la juez de instancia incurrió en un dislate al abstenerse de gravar al demandante con el pago del cálculo actuarial a efectos de que en su favor se computaran los tiempos echados de menos en la historia laboral por cuenta de la omisión de afiliación por parte de su otrora empleador y si con ello se alcanza el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, por vía transicional y *ii)* si resultó acertado imponer el traslado del cálculo actuarial a cargo de GRODCO S.A.S.

Delanteramente, señálese que son eventos exentos del debate, ya que no fueron materia de discusión por las partes:

- Que el señor Hernando Tascón Jaramillo nació el 21 de agosto de 1943 y falleció el 1° de julio de 2017.
- Que el actor laboró para Pinski y Asociados Ingenieros Arquitectos Contratistas desde el 1° de marzo de 1979 hasta el 30 de abril de 1985.
- Que la historia laboral del señor Hernando Tascón Jaramillo no refleja afiliación por parte de Pinski y Asociados Ingenieros Arquitectos Contratistas en el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 1979 y el 06 de diciembre de 1983.
- Que Pinski y Asociados Ingenieros Arquitectos Contratistas se encuentra liquidado desde el 28 de diciembre de 2006.
- Que el demandante laboró para GRODCO S.A. Ingenieros Civiles entre el 16 de enero de 1995 y el 15 de marzo de 1998.
- Que la historia laboral del señor Hernando Tascón Jaramillo no refleja afiliación por parte de GRODCO S.A. Ingenieros Civiles en el periodo comprendido entre el 16 de enero y el 30 de septiembre de 1995.
- Que la historia laboral del señor Hernando Tascón Jaramillo refleja mora patronal por parte de GRODCO S.A. Ingenieros Civiles.

La pensión de vejez se encuentra establecida en el ordenamiento jurídico colombiano con el objetivo de brindar al afiliado el soporte económico necesario para garantizar la satisfacción de sus necesidades y una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de la contingencia de ancianidad, evitando así que tenga que afrontar la carencia de los recursos económicos que éste con su trabajo solía proveer para sí y para su familia durante su vigor laboral.

Si bien el presente asunto gravita en torno a la viabilidad de reconocimiento de una pensión de vejez por vía transicional, el debate propuesto en sede de alzada por la parte demandante, se centra en dilucidar, como ya se dejó planteado, si la juez de instancia incurrió en un dislate al abstenerse de gravar al demandante con el pago del cálculo actuarial a efectos de que en su favor se computaran los

tiempos echados de menos en la historia laboral por cuenta de la omisión de afiliación por parte de su otrora empleador, o en su traducción jurídica, si la providencia contiene un defecto sustantivo o material por inaplicación del artículo 2 del Acuerdo 027 de 1993 a través del cual se modificó el artículo 76 del Reglamento de Sanciones y Cobranzas del Instituto de Seguros Sociales.

Este único reparo, reitérese, la inconformidad del demandante por no haberse impuesto a su cargo el deber de trasladar el cálculo actuarial para completar la densidad requerida, no tiene vocación de prosperidad por dos potísimas razones a saber: *i*) porque lo expuesto por la sentenciadora en ese sentido (la posibilidad que otorga el ISS al trabajador de salir al pago del cálculo) solo sirvió para robustecer el *obiter dicta* (que no la *ratio decidendi*) y más importantemente, *ii*) porque se trata de un pedimento que **no** hizo parte de las pretensiones formuladas con la demanda, así como tampoco del problema jurídico ventilado ni del debate probatorio, por lo que en ningún defecto pudo haber incurrido al abstenerse de resolver en dicho sentido, sujeta como se encuentra al principio de congruencia de que trata el Artículo 281 del CGP aplicable a esta causa por la remisión normativa de que trata el Artículo 145 del CPTSS según el cual “*la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda*” a salvo las garantías mínimas y las facultades *ultra y extra petita*”, ninguna de las cuales recoge el cálculo actuarial que solo hasta ahora se depreca en el recurso, pues estas facultades se circunscriben al reconocimiento de salarios, prestaciones e indemnizaciones como así lo tiene previsto el Artículo 50 del C. P. del T. y la S. S.

Cabe anotar que la transgresión del principio de congruencia comporta automáticamente una vulneración del derecho constitucional fundamental y por tanto irrenunciable de contradicción y de defensa que le asiste a todas las partes, por cuanto, tomada por sorpresa como hubiera ocurrido en caso de haber procedido la juez en la solución del conflicto como se reclama en el recurso, no habría tenido la pasiva la oportunidad para esgrimir una estrategia de defensa a fin de evadir la condena.

Así mismo, la desestimación del principio de congruencia trae consigo un ostensible desconocimiento del principio de seguridad jurídica según el cual las partes deben contar con la certeza necesaria de cuáles son las conductas que se le endilgan y las normas que han de dirimir su conflicto, claro como resulta que al echar mano de pretensiones que nunca fueron invocadas ni discutidas, no puede tampoco adquirirse certeza del ordenamiento jurídico cuyo cumplimiento debe acreditarse.

Dado que el recurso de apelación tiene por objeto solicitar la revisión de la actuación surtida por el juzgador de piso para que el superior advierta si la decisión contiene un defecto fáctico, sustantivo, procedimental que haga necesario modificarla o revocarla, en ninguno de los cuales pudo haber incurrido la juez al omitir pronunciarse respecto de una pretensión que no fue planteada ni debatida, el reparo único propuesto por el demandante no puede ser llamado a prosperar.

En todo caso, no sobra anotar que por haber nacido el actor el 21 de agosto de 1943 la edad pensional (60 años) la alcanzó en el año 2003, de modo que no erró la juzgadora al resolver el conflicto del panorama fáctico planteado bajo la égida del ya vigente parágrafo 1° del Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el Artículo 9 de la Ley 797 de 2003, cuyos extractos pertinentes en su tenor literal rezan: *“Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: (...) d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador. (...) En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo serpa procedente **siempre y cuando** el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.”* Negrilla fuera de texto.

Conforme a lo dispuesto por el legislador, ante la omisión del deber legal de afiliación por parte del empleador, el ente de seguridad social no está llamado a asumir obligaciones hasta tanto no se

verifique el cumplimiento del deber correlativo de traslado del respectivo cálculo actuarial a cargo del empleador.

Respecto del reparo formulado por CI GRODCO Ingenieros Civiles S.A.S., por ser verdad extensivamente averiguada, no exige mayor ejercicio dialéctico señalar que conforme así lo dispone el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, los empleadores son sujetos obligados a la afiliación de sus trabajadores y al pago de las respectivas cotizaciones al Sistema General de Pensiones, durante toda la vigencia de la relación laboral.

Como bien lo expuso la sentenciadora de primer grado, son dos los fenómenos jurídicos válidamente diferenciables los que se producen ante el incumplimiento de uno y otro deber legal, entiéndase, por la omisión de pagar los aportes oportunamente o por la omisión al deber de afiliación.

En torno al último de los supuestos, la jurisprudencia ha abordado este fenómeno señalando que en los asuntos en que exista mora patronal en el pago de los aportes a Seguridad Social y se verifique que la Administradora ha incurrido en falta a su deber legal de ejercitar los mecanismos de cobro que solo a ella le incumben, el periodo servido por el trabajador dependiente que no refleja semanas de cotización, precisamente por la ausencia de pago, debe tenerse en cuenta como efectivamente cotizado, siendo la Administradora la única responsable de asumir las consecuencias de la omisión cuando quiera que estas no ejercen las acciones de cobro a que hubiere lugar en los términos señalados en el literal h) del Artículo 14 del Decreto 656 de 1994, para lo que además les basta con liquidar el valor adeudado y promover la correspondiente acción, usando como título esa liquidación a la que se le asigna mérito ejecutivo a la luz de lo dispuesto en el Artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 2633 de 1994.

Así fue previsto en la previamente citada sentencia CSJ SL759-2018, donde se dispuso:

*“[...] esta Corporación de forma reiterada ha señalado que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse esta obligación, **deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la normativa aplicable.***

En ese sentido, se refirió la jurisprudencia de esta Sala, poco menos de una década atrás en providencia CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384, postura que ha reiterado invariable y pacíficamente desde entonces, en las sentencias CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017, entre otras.

Bajo esa línea jurisprudencial queda claro entonces que, a efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado a fin de verificar si cumple o no con los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, deben tenerse en cuenta a más de las consignadas oportunamente, las que se encuentran en mora, dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.

Ello es así, en criterio de la Corte, porque la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras.

[...]

Es por lo anterior que esta Sala de la Corte ha reiterado que al concurrir las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado quien cumplió con lo propio, esto es, trabajo y aporte al sistema de pensiones previamente descontado del pago mensual de su salario.” Negrilla fuera de texto.

En el segundo escenario, es decir, aquel en que el empleador se abstiene de afiliar o de activar la afiliación como es el caso que concita la atención de la Sala, ya se dijo de antemano que actualmente el ordenamiento jurídico ha encontrado una respuesta para subsanar la falencia, vertida en el párrafo primero del Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el Artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que gobierna la solución de este conflicto y según el cual, ante la omisión del deber de afiliación, el empleador está compelido al pago del cálculo actuarial a satisfacción del ente de seguridad social a efectos de computar el tiempo servido.

De otro lado, el máximo órgano de esta especialidad actualmente sostiene que, con independencia de la causa u origen de dicha omisión, las entidades de seguridad social deben tener en cuenta el tiempo efectivamente servido bajo la condición de cumplimiento de la obligación correlativa que se impone al empresario de efectuar el pago del cálculo actuarial.

Así lo recordó recientemente la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2353 2020, cuyo extracto pertinente a continuación se cita:

“Aunado a lo anterior, en sentencia CSJ SL068-2018, en que se analizó lo concerniente a la omisión de afiliación independiente de su causa u origen, armonizándose el contenido de los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, con los principios de la seguridad social como los de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia, en la que se expresó lo siguiente:

Con todo, la Corte ya ha determinado que en desarrollo de reglas tales como las establecidas en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9.º de la Ley 797 de 2003, y de principios de la seguridad social como los de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia, todas las hipótesis de omisión en la afiliación, sea cual sea la razón a la que obedezcan, deben encontrar una solución común, que consiste en que las entidades de seguridad social tengan 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, tal y como lo dedujo el Tribunal.” Subrayado fuera de texto.

Verificada la relación de trabajo, no puede el empresario oponerse al pago de los aportes y con ello desechar los tiempos que con el traslado del título se incorporan a la historia laboral, pues se trata frente a él de un deber del que no le resulta válido desprenderse y frente al trabajador de un derecho ligado a la prestación del servicio, de índole irrenunciable.

Admitir la tesis expuesta por el demandado basada en meras suposiciones de cuál será el derecho que reclamen los posibles beneficiarios del causante conduciría a aceptar que, pese a haberse beneficiado de la actividad del trabajador, este queda exento del deber legal que le asiste de contribuir al Sistema solo porque con su aporte no se alcanza la densidad pensional o porque se desconozca cuáles serán las prestaciones que eventualmente se reclamen.

Lo expuesto resulta de por sí suficiente para considerar improcedentes las razones esgrimidas por el recurrente para condicionar el giro del título pensional, pues reitérese, el deber legal de concurrir al financiamiento de la pensión es indisponible y además, consecuencia automática de la prestación del servicio.

No quedando más argumentos ni reparos por abordar, bastan las consideraciones que anteceden para arribar a una decisión confirmatoria.

Frente a las costas, se impondrán a cargo de ambos recurrentes y en favor de COLPENSIONES, dada la improsperidad de la alzada por cada uno de ellos formulada.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida el 19 de octubre de 2017 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de ambos recurrentes, dada la improsperidad de la alzada. Se FIJA la suma de CIENTO CINCUENTA MIL PESOS (\$150.000) como AGENCIAS EN DERECHO para cada uno de ellos, en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-.

TERCERO: DEVOLVER por Secretaría el expediente al Juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

Lo resuelto se NOTIFICA y PUBLICA a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial en el link <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-011-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente, se cierra y se suscribe en constancia por quien en ella intervinieron, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada



JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado