

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	ANA ROMELIA ÚSUGA CAMPO
DEMANDADO	MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO	05088-31-05-001-2017-01114-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Relación laboral y calculo actuarial
DECISIÓN	Confirma

Medellín, treinta y uno (31) de mayo 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 **ANA ROMELIA ÚSUGA CAMPO** contra la señora **MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 021**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la codemandada MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE

CADAVID, e igualmente se conocerá del proceso bajo el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, respecto a la sentencia que profirió el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bello - Antioquia, en la audiencia pública celebrada el día 14 de octubre de 2022, dentro del proceso referenciado.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la señora ANA ROMELIA ÚSUGA CAMPO fue contratada el día 1° de febrero de 1970 como empleada del servicio doméstico (interna) por la señora MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID, devengado por salario la suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente (70% en efectivo y el 30% en especie), el servicio se prestó en la ciudad de Medellín, en una apartamento propiedad de la codemandada, en un horario de trabajo de lunes a viernes de 6:00 AM a 8:00 PM y los sábados de 6:00 AM a 12:00 PM, hasta el año 1985.

También relata el escrito introductorio que a partir del mes de junio de 1985 y hasta el mes de junio de 2007, la demandante tuvo varios lugares de prestación del servicio, pues su empleadora MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID cambió de domicilio en varias oportunidades, con un horario de trabajo de 3 días a la semana de 7:00 AM a 6:00 PM, los días lunes, miércoles, y viernes.

Relató que, durante la vigencia de la relación laboral, la empleadora MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID no pago las cotizaciones a seguridad social en pensiones a favor de la demandante, entre el 1° de febrero de 1970 al 16 de noviembre de 1988, y entre el 1° de enero de 1995 al 31 de mayo de 2007, fecha ultima en que la empleadora de forma unilateral dio por terminado el contrato de trabajo.

Finalmente relata el escrito introductorio que, mediante resolución del 16 de febrero de 2017, COLPENSIONES le negó a la demandante el derecho a una pensión de vejez.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que SE DECLARE que entre las señoras ANA ROMELIA ÚSUGA CAMPO y MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID, existió una relación laboral por el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 1970 y el 31 de mayo de 2007, en consecuencia, SE CONDENE a la señora MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID a reconocer y pagar las cotizaciones a seguridad social en pensiones a favor de la señora ANA ROMELIA ÚSUGA CAMPO por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 1970 y el 16 de noviembre de 1988 y entre el 1 de enero de 1995 al 31 de mayo de 2007, ORDENANDOSE a COLPENSIONES a liquidar y recibir el pago de los aportes a seguridad social en pensiones adeudados, incluyendo estos aportes en la historia laboral de la demandante, finalmente solicita condena ultra y extra petita, y las costas del proceso.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

COLPENSIONES, a través de su apoderada judicial dio respuesta oportuna a la demanda según consta a folios 51 al 54 del archivo PDF 001, manifestando frente a los hechos narrados por la activa, que son ciertos aquellos que aluden a la solicitud de pensión de vejez que hiciere la demandante, así como la respuesta negativa brindada por la entidad a través de la resolución N° GNR-51237 del 16 de febrero de 2017, sin que le consten los restantes supuestos fácticos, los cuales deberán ser objeto de debate probatorio en la litis, y en relación a las pretensiones formuladas, refiere no oponerse al pago de los aportes pensionales, en el eventual caso de acreditarse su derecho en la litis, y propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *“BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; INNOMINADA O GENÉRICA; e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES DE MORA DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993”*.

A su turno, la codemandada MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID dio respuesta oportuna a la demanda a través de su apoderado judicial según consta a folios 68 al 74 del archivo PDF 001 del expediente digital, manifestando frente a los hechos expuestos, que son ciertos aquellos que

aluden a la existencia de una relación laboral con la demandante como empleada del servicio doméstico, no obstante, aduce que su extremo inicial fue en realidad el 16 de julio de 1973, inicialmente prestó el servicio como empleada interna, y luego paso a laborar 3 días a la semana a partir del mes de enero de 1982, cuando la demandada cambió de residencia, en un horario de trabajo de 8:00 AM a 5:00 PM, y así se continuó prestando el servicio hasta el 31 de diciembre de 1998, a partir del 1° de enero de 1999 y hasta el 31 de diciembre de 2001, la actora continuó laborando 2 días a la semana, y desde el 1° de enero de 2002 y hasta el 31 de mayo de 2007, prestó los servicios 1 día a la semana.

También asegura la réplica que entre el 17 de noviembre de 1988 y el 29 de agosto de 1998, la demandante estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, situación que la llevó a reclamar pensión de vejez, pero ante su negativa optó por el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prestación que le fue otorgada en cuantía única de \$2.127.650., y desde ese reconocimiento fue imposible efectuar cotizaciones.

Expone que con anterioridad al 17 de noviembre de 1998, existía la imposibilidad de cotizar por días, lo cual apenas se permitió con la Ley 1450 de 2011, y por ello la accionada optó por cotizarle el mes completo a partir del 17 de noviembre de 1988, a pesar que la actora solo laboraba 3 días a la semana, y que lo atinente al periodo comprendido entre el 1° de enero de 1995 y el 31 de mayo de 2007, no hubo manera de realizar cotizaciones a favor de la demandante, debido a la indemnización sustitutiva que le fue otorgada. Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas, y propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA POSIBILIDAD DE AFILIAR A TRABAJADORES POR DÍAS AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL; IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE PAGAR COTIZACIONES POR PENSIONES POR HABER RECIBIDO LA DEMANDANTE INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA; IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER AL DERECHO A LA PENSIÓN, TENIENDO EN CUENTA LOS PERIODOS EFECTIVAMENTE LABORADOS; PRESCRIPCIÓN; COMPENSACIÓN; y PAGO”*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En el fallo objeto de apelación y consulta, el juez *A Quo* en audiencia pública de juzgamiento, celebrada el 14 de octubre de 2022, DECLARÓ que entre las señoras ANA ROMELIA USUGA CAMPO, y MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de julio de 1973 hasta el 31 de mayo de 2007.

En consecuencia, CONDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, que dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, realice la liquidación del cálculo actuarial por los periodos no cotizados.

CONDENÓ a la codemandada, MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID a cancelar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a suma correspondiente a la liquidación del cálculo actuarial que realice la COLPENSIONES por el tiempo no cotizado, dentro de los treinta (30) días siguientes a su presentación.

CONDENÓ a COLPENSIONES a qué dentro del términos de 15 días siguientes al pago del título pensional proveniente de MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID proceda a incorporar a la historia laboral de la señora ANA ROMELIA USUGA CAMPO, los 4.197 días que fueron efectivamente laborados por la actora, y finalmente impuso las costas del proceso en la primera instancia a cargo de la señora MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID y en favor de la demandante dentro de las cuales fijó como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

Como fundamento de su decisión, estimó la juez de primer grado que, dentro de las cargas probatorias que le incumbe a las partes, al empleador le correspondía desvirtuar la relación laboral con la demandante, y en el presente asunto este mismo empleador aceptó la relación laboral con la demandante, situación que fue plenamente ratificada por la testigo Lina María Cadavid Muñoz, por lo que se tendrá por cierto la existencia del vínculo laboral entre el 16 de julio de 1973 y hasta el 31 de mayo de 2007.

También expuso el funcionario judicial de primer grado que si bien es cierto, solo a partir del año 1988, surgió la obligación de afiliar y cotizar a favor de los empleados del servicio doméstico, los empleadores que tuvieran a cargo personal vinculado con anterioridad a esa fecha, debían realizar los aprovisionamientos necesarios para conjurar la eventual contingencia, y es por ello que la demandada MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID deberá cancelar a COLPENSIONES los tiempos laborados y no cotizados de la demandante ANA ROMELIA ÚSUGA CAMPO, así:

Desde el 16 de julio de 1973 hasta el 31 de diciembre de 1981 (437,28 semanas), teniendo en cuenta un IBL equivalente al 50% del SMLMV, conforme a la Ley 11 de 1988 y su decreto reglamentario.

A partir del 1° de enero de 1982 y hasta el 16 de noviembre de 1988, deberá cancelar el cálculo actuarial, teniendo en cuenta un IBC equivalente al 50% del SMLMV, en proporción al tiempo efectivamente laborado (3 días a la semana), premisa que también aplica para el tiempo comprendido entre el 30 de agosto de 1998 hasta el 31 de diciembre de 1998.

Del 1° al 25 de enero de 1999, cuando la actora laboraba 2 días a la semana, también aplicará un cálculo actuarial en las condiciones previstas, y hasta el momento en que a la demandante le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

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

El apoderado judicial de la codemandada MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID, refiere no compartir la carga impuesta a la empleadora, toda vez que al momento de iniciarse la relación laboral entre las partes (año 1973), no existía la obligación de realizar afiliación y aportes a favor de los empleados del servicio doméstico como ocurría con la demandante ANA ROMELIA ÚSUGA CAMPO, y la Ley 11 de 1988 que estipuló este derecho, no puede ser aplicada en forma ultractiva como equivocadamente lo consideró el juez *A Quo*, en

franco desconocimiento del principio de la seguridad jurídica, motivos por los cuales solicita la revocatoria de la sentencia de primer grado.

Alegatos de conclusión.

Encontrándose dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el apoderado judicial de la señora MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID presentó sus alegatos de conclusión ante esta instancia, insistiendo en la improcedencia de la condena al pago de un cálculo actuarial por los periodos anteriores al momento de surgir la obligación de afiliar a la demandante al sistema de seguridad social en pensiones, pues fue solo a partir de la Ley 11 de 1988, que se estableció esa obligación para empleadores de personal del servicio doméstico, por lo que la demandada cumplió a cabalidad con el pago de aportes en pensiones entre 1988 y 1998, tiempo durante el cual estuvo legalmente obligada, y antes de 1988 no tenía obligación legal ni posibilidad de cumplir con dichos aportes por disposición legal, y con posterioridad a enero de 1999 también estaba imposibilitada para cumplir con dicha obligación, por cuanto la demandante por decisión propia y voluntaria procedió a reclamar y recibir el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, lo cual automáticamente la excluía del sistema de seguridad social en pensiones,

Que hacer extensiva la obligación de efectuar aportes pensionales a momentos en que legalmente no existía la obligación constituye una flagrante violación al principio de irretroactividad de la ley (artículo 12 y 13 del Código Civil), constituyéndose en una transgresión al principio de seguridad jurídica.

A su turno el apoderado judicial de COLPENSIONES, argumenta en su escrito de alegaciones, que la entidad carece de competencia para pronunciarse respecto a los hechos y pretensiones de la demanda, toda vez que ésta entidad únicamente asumió la administración del régimen de prima media, de acuerdo con el Decreto 2011 de 2.012, y teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda van dirigidas a la declaración de existencia de una relación laboral, será el juez competente del caso, el llamado a esclarecer la solicitud presentada por el demandante de manera precisa, concreta y de fondo.

También expone que una vez consultada la base de datos de afiliados, se evidencia que la demandante presenta afiliación con el empleador Margarita María Muñoz ante el ISS hoy Colpensiones solo desde el 17 de noviembre de 1988 hasta el 30 de noviembre de 1988 (sic) periodo para el cual presenta novedad de retiro (R), en consecuencia, y dado que el tiempo reclamado por la parte actora no se refleja en la historia laboral COLPENSIONES no tiene fundamento legal para iniciar acciones de cobro coactivo o persuasivo en contra de dicho empleador.

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

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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.

Naturaleza jurídica de la pretensión. –Relación laboral y cálculo actuarial, tiempo laborado y no cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley 11 de 1988.

Teniendo en cuenta el recurso de apelación impetrado, el cual delimita la competencia de la Sala en la segunda instancia, y el grado jurisdiccional de consulta que opera a favor de COLPENSIONES, las controversias jurídicas que debe resolver la Sala, consisten en determinar, si a la empleadora MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID, le asiste obligación de responder por el tiempo laborado y no cotizado caja o fondo de pensiones, con anterioridad a la vigencia la Ley 11 de 1988, con respecto a la trabajadora ANA ROMELIA ÚSUGA CAMPO, y en caso afirmativo, determinar la manera en que debe operar el pago de dicha obligación, y si COLPENSIONES se encuentra obligada a recibir el pago de estos aportes pensionales.

Debe advertirse, que en el sub lite no es materia de controversia la existencia de una relación laboral entre las señoras ANA ROMELIA ÚSUGA CAMPO (trabajadora) y MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID (empleadora), como tampoco sus extremos temporales (16 de julio de 1973 hasta el 31 de mayo de 2007), y la no cotización a una caja o fondo de previsión social a favor del trabajador con anterioridad al 17 de noviembre de 1988, pues tales supuestos fácticos fueron aceptados por la empleadora, y declarados como probados en la sentencia de primera instancia, la cual no fue objeto de apelación en estos aspectos.

Ahora bien, en cuanto al juicio jurídico realizado por el recurrente, en el sentido de sostener que la obligación de efectuar aportes pensionales a favor de los empleados del servicio doméstico, solo surgió con la vigencia de la Ley 11 de 1988, misma que no pueden ser aplicada retroactivamente, estima la Sala que este argumento de la irretroactividad de la ley planteado en la alzada, no puede tener acogida en esta instancia, por cuanto el mismo no tiene ningún fundamento jurídico o jurisprudencial, y menos, de orden constitucional, que haga soportar a la demandante el hecho de tener que verse abocado a que ese periodo de tiempo laborado y aceptado por la 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 la demandante por un tiempo durante el cual laboró a su servicio, antes de cobrar vigencia las Leyes 11 de 1988 y 100 de 1993.

Bajo esta óptica, en el caso materia de análisis, toda la responsabilidad por ausencia de afiliación por falta de cobertura frente a este grupo poblacional (empleados del servicio doméstico), son aspectos totalmente oponibles jurídicamente a la empleadora MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID.

No puede perderse de vista que, si bien no se había creado la ley unificadora de la seguridad social; 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, CSJ SL-3547-2018 y CSJ SL995-2022, 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 **aprovisionamientos 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 **aprovisionamientos 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, a fin de algún día alcanzar el disfrute de las prestaciones que protegen los riesgos por invalidez, vejez y muerte, y por ello no se requiere que el demandante acredite 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 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 afiliar 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,

Y la misma lógica también aplica a los trabajadores del servicio doméstico, quienes venían prestando un servicio personal, subordinado, y remunerado con anterioridad a la vigencia de la Ley 11 de 1988, así lo recordó la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-995 de 2022, veamos:

*“...De otro lado, se dice que se condenó a la demandada por los aportes desde 1993 a 1997, lo que no es posible **pues para 1984 no existía obligación de afiliar y pagar aportes al Sistema Pensional por tratarse de una empleada del servicio doméstico.** Es evidente que de acuerdo a las fechas en que se ordenó el pago de los aportes de pensión al sistema (1993) y la de expedición del Decreto 824 de 1988, que desarrolló la Ley 11 de 1988, la cual estableció la afiliación de esta clase de trabajadores (as), incluso respecto de quienes devengaban menos de un salario mínimo, se encontraba vigente, luego, la razón no acompaña a la apelante en esta disquisición.*

Con todo, si la decisión recurrida hubiera atendido tiempos con anterioridad a la Ley 11 de 1988, tampoco tendría cabida la exclusión del tiempo de trabajo anterior para cualquier propósito asociado al derecho a la seguridad social, como lo asegura la demandada, pues como lo ha explicado la jurisprudencia del trabajo desde las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014, los periodos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del Sistema General de Pensiones, deben ser calculados y satisfechos a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador complete la densidad de cotizaciones exigida por la ley...” (Negrillas de la Sala).

Criterio jurisprudencial que acoge y comparte este Tribunal de Distrito Judicial, y dado que la actora se encuentra en los mismos supuestos fácticos analizados por el órgano de cierre, habrá de confirmarse lo resuelto en primera instancia, al encontrarse ajustado a derecho y a la jurisprudencia nacional.

Obligación de COLPENSIONES de realizar cálculo actuarial

Finalmente, y en atención al grado jurisdiccional de CONSULTA que le asiste a COLPENSIONES, la Sala pasa a analizar si la referida administradora pública de pensiones se encuentra obligada a la realización de un cálculo actuarial, y la posterior inclusión de las semanas que esté representa en la HISTORIA LABORAL de la demandante ANA ROMELIA ÚSUGA CAMPO.

A lo que debe decirse que dicha obligación es legal, y tiene su fundamento en el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, donde se establecieron los requisitos para obtener la pensión de vejez, veamos:

“PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;***
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;***
- c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.***

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

*En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será 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.”*

De los anterior se desprende, que 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.

En definitiva, si bien COLPENSIONES no es la llamada a responder en los eventos de no afiliación de un trabajador, sí está en la obligación legal de: **(i)** fijar el cálculo actuarial, **(ii)** recibir su cancelación por parte del incumplido o activar los medios de cobro con los que disponga, y **(iii)** superados los demás requisitos legales, asumir el reconocimiento y pago oportuno de la respectiva prestación, para lo cual se deberá considerar el tiempo de servicio prestado por el trabajador durante el lapso en el que se causó el pasivo del empleador, así se indicó en la sentencia **SU-226 de 2019**.

Lo cual resulta consecuente con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien ha dejado en claro que la figura que debe

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

utilizarse para estos efectos, es la del CALCULO PENSIONAL, misma que debe ser asumida 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...”

En efecto, y dado que la sentencia de primer grado se encuentra acorde al criterio jurisprudencial expuesto, y que no existen más motivos de inconformidad frente a la misma, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia objeto de apelación y consulta.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión proferida y la desventura del recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la codemandada MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID, las costas procesales en esta instancia estarán a cargo de esta parte y en favor de la demandante ANA ROMELIA ÚSUGA CAMPO, en los términos del numeral 1º del art. 365 del Código General del Proceso, dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de \$350.000.

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 y consulta de fecha 14 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bello – Ant., según lo según lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la señora MARGARITA MARÍA MUÑOZ DE CADAVID y a favor del demandante ANA ROMELIA ÚSUGA CAMPO, dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de \$350.000.

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