

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**



**SALA LABORAL**

Medellín, veintiocho (28) de julio del año dos mil veintitrés (2023)

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez, quien actúa como ponente, Francisco Arango Torres y John Jairo Acosta Pérez, proceden dentro del proceso ordinario con radicado número 05001310500820170063401, promovido por la señora **GLORIA ELENA PEÑA ROLDÁN** contra **ALMACENES ÉXITO S.A.**, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín el trece (13) de agosto del año dos mil dieciocho (2018)

De conformidad con el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...”, se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número **228** de 2023, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

## ANTECEDENTES

Mediante acción judicial, la demandante petitionó se declare que estuvo vinculada con la demandada mediante un contrato laboral a término indefinido desde el 11 de enero de 1980 y el 31 de agosto de 1988, donde la pasiva no cumplió con su obligación de afiliación y pago de los aportes en seguridad social de pensiones, por tanto, se ordene el pago de dicho título a su favor con los intereses de mora a los que haya lugar y la indexación correspondiente.

Subsidiariamente, se ordene a Almacenes Éxito S.A. a afiliarse a la demandante al sistema de seguridad social y pagar el retroactivo de los aportes que corresponden entre el 11 de enero de 1980 y el 31 de agosto de 1988 para el sistema de seguridad social en pensiones.

Subsidiaria a la subsidiaria se condene a la demandada al pago de la prestación económica en las condiciones que lo hubiera hecho Porvenir por ser más beneficiosa para la demandante o el Fondo de pensiones que elija el despacho.

Para fundamentar sus pretensiones, expuso, que estuvo vinculada con la demandada desde el 11 de enero del año 1980 mediante un contrato de trabajo suscrito con el jefe de personal quien obraba en nombre y representación de Almacenes Éxito S.A., cumpliendo el último cargo de vendedora. Explicó que devengaba la suma de 150 pesos por cada día de trabajo, recibiendo durante toda la vinculación el salario mínimo. Declaró que posteriormente fue asignada al cargo de vendedora-cajera, desempeñando las funciones en la sede ubicada en la Cra. 53 número 48 de la Ciudad de Medellín. Que la relación laboral terminó en el mes de agosto de 1988 y pese a tener cobertura el ISS en la ciudad de Medellín, no fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones, omitiéndose la cotización de 446 semanas.

Narró que verificó si se encontraba afiliada en Colpensiones, pero se le indicó que no reporta afiliación alguna, desde el 6 de marzo del año 2017 hubiera tenido derecho a la indemnización sustitutiva.

Admitida la demanda mediante auto y notificada en debida forma la accionada, dio respuesta al libelo genitor así:

Que no existe ningún documento en el que pueda verse la existencia de relación laboral alguna con la demandante o pagos de salario. Además, de la usanza de la empresa es, hacer la afiliación correcta a sus empleados a los sistemas de seguridad social. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones e interpuso las excepciones de *“prescripción”*, *“inexistencia de la obligación”*.

En sentencia del trece (13) de agosto del año dos mil dieciocho (2018) el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, decidió Absolver a la accionada de las pretensiones invocadas en su contra, ante la ausencia de prueba de la existencia de la relación laboral deprecada.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte accionante interpuso recurso de alzada, argumentando que es obvio y reposa en el expediente, el contrato de trabajo que fue suscrito por las partes, así como también el oficio remitido por la demandada a la actora, dándose a entender que la demandante si laboró por lo menos desde el 11 de enero de 1980 hasta el 18 de enero de 1984. Además, para reafirmar la documental presentada, la testigo Luz Amparo, indicó que la actora laboró para Almacenes Éxito hasta el año de 1984, lo que permite acreditar que la demandante estuvo en los periodos que se constatan con la documental.

Sumado a ello, los extremos de 11 de enero de 1980 hasta agosto de 1988 fueron probados por la testimonial de la señora Ofelia de Jesús Marín Gaviria quien trabajo durante todo el tiempo que la demandante prestó sus servicios para Almacenes Éxito. Adujo que se evidenció que trabajó 8 horas diarias, todos los días de la semana acreditando los extremos y la subordinación, laboraba con los elementos de la empresa y le daban utensilios de protección. Solo en el caso que se considere que hasta el año 1988 no está fehacientemente acreditado el extremo laboral, si debe entenderse que por lo menos hasta el año 1984 laboró allí,

momento en el cual se le dio la oportunidad de desempeñar un cargo más alto al que tenía. Con la testimonial, argumenta que también se verificó la remuneración en cuantía de un salario mínimo, por lo cual, peticiona la revocatoria de la sentencia y se reconozca la prestación a la que haya lugar teniendo en cuenta que la actora no se encuentra vinculada a ningún fondo pensional.

Corrido el traslado para alegar, la pasiva allegó escrito por fuera del término dado para ello.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

En atención al recurso de alzada interpuesto, consiste en determinar, si existió entre las partes la relación laboral que se pregona en el líbello genitor, de ser así si la pasiva omitió su deber de afiliación al sistema pensional, por lo cual ha de definirse si debe pagarse a favor de la demandante el valor del título o calculo pensional correspondiente o si debe pagarse por intermedio de fondo pensional alguno.

### **CONSIDERACIONES**

Frente al recurso promovido, la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, de conformidad los Arts. 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

El artículo 164 del Código General del Proceso establece que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Por su parte, el artículo 167 ibídem consagra el principio de la carga de la prueba que se explica afirmando que al actor le corresponde demostrar los supuestos fácticos en los cuales funda su pretensión y al demandado los hechos en que finca la excepción.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el principio universal de la carga probatoria, y ha

explicado con claridad, que quien afirma una cosa está obligado a probarla. Es así pues, como quien pretende o demanda un derecho debe alegarlo, y adicionalmente, debe demostrar los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba al demandado cuando éste se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado (sentencia de 5 de agosto de 2009, expediente 36.549).

Ahora, el contrato de trabajo es un acuerdo celebrado entre dos partes, una de ellas denominada trabajador, y otra empleador, donde el primero presta personalmente sus servicios orientado bajo la subordinación hacia el segundo, y recibiendo una contraprestación denominada salario.

En aras de equilibrar la relación desigual entre las partes consecuente al poder subordinante del empleador, el legislador, consagró un mínimo de derechos y garantías, que propenden por el respeto a la dignidad del trabajador.

Para ello, en el Código Sustantivo de Trabajo, delimitó tres elementos para diferenciar el contrato de trabajo de otros que pudiera darse en el desarrollo de las relaciones humanas, así:

***“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES.***

*1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:*

*a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*

*b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y*

*c. Un salario como retribución del servicio.*

*2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”*

Igualmente, en el artículo 24 *ibídem* expuso lo siguiente:

*“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”*

Es así como mínimamente, la trabajadora, en este caso la señora Gloria Elena Peña Roldán, debe acreditar en el marco del proceso judicial, la prestación personal del servicio a favor de la empresa accionada, la cual, definida en el artículo 5 del CST, se trata de cualquier oficio, material o intelectual, desempeñado necesariamente por una persona natural, y es este punto el elemento diferenciador pues la prestación del servicio siempre debe ejecutarse por el trabajador de manera personalísima, sin que sea posible la sustitución de trabajadores; pues si se presenta lo contrario, será la prestación de un servicio, pero éste no será de naturaleza personal. Finalmente, dicha actividad debe beneficiar a un empleador.

A propósito de la subordinación, es el sometimiento del trabajador a la esfera organicista, rectora y disciplinaria del empleador, donde la obediencia es la premisa principal, siendo este elemento diferenciador de otro tipo de contrataciones, pues se caracteriza por ser irrenunciable e intransmisible.

La subordinación propia de las relaciones laborales es personal, pues el trabajador se somete a la persona del empleador, quien tiene la potestad para dar órdenes directas, implementar horarios y reglamentos internos, exigir permisos para ausentarse del lugar de trabajo, impartir sanciones disciplinarias ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales, entre otras, a diferencia de los contratos de índole civil, comercial o administrativo, donde los contratantes se someten al cumplimiento de las obligaciones contraídas, y no a las personas.

Es importante recordar, que la doctrina ha reconocido ciertos indicios que pueden dar lugar a deducir la materialización de una relación laboral, tales como las condiciones locativas de la prestación del servicio, que generalmente serían dentro de la esfera del empleador; la existencia de un horario de trabajo; la ajenidad de los productos y los bienes producidos.

Finalmente, pero no menos importante, el servicio personal debe ser remunerado con una asignación que es pactada entre los contratantes y que tiene como fin retribuir la fuerza laboral impartida por el trabajador ante el empleador.

El beneficio probatorio que tiene el empleado como extremo vulnerable de la relación contractual, y que es por esta especialidad amparado, no le quita otro tipo de obligaciones procesales y probatorias, es decir, no basta con acreditar sólo la prestación personal del servicio para que se derive inevitablemente la prosperidad de sus pretensiones, sino que, también recae en él la obligación de crear certeza sobre los extremos de la relación laboral que se endilga y respecto a quién.

Procede la Sala al estudio de la prueba recaudada de cara a verificar los hechos narrados en el líbelo genitor:

En audiencia del artículo 80 del CPT y SS se recepciono el interrogatorio de parte de la demandante, verificado de cara al artículo 191 del CGP, en atención a los hechos susceptibles de confesión enunció:

*“inicialmente yo firme contrato de viernes y sábado y yo empecé en enero, pero era que el éxito en esa época por ejemplo a mí me contrató para viernes y sábado, pero yo trabajé todo enero porque era la época de estudio. Ya de ahí me volvieron a dejar para el día de la madre. Terminé en febrero y empaté ahí de abril y mayo. Ya de ahí firmé un contrato de fija con el Éxito hasta agosto de 1988” .... “El contrato fijo fue más o menos de abril o mayo del 80 hasta agosto 28 de 1988”... “Entré como vendedora, después me ascendieron como cajera y en los últimos años en tesorería pero ayudando a toda la temporada decembrina”*

Por su parte, la testimoniante **Luz Amparo Hernández Álvarez**, expuso lo siguiente

Conoce a la demandante porque trabajó temporadas en el éxito al igual que ella. La demandante trabajo desde el año 1980, fija. La demandante trabajó por temporadas desde antes y trabajó hasta el año 1988. La deponente trabajó hasta 1984, sin embargo, continuó viendo a la demandante en el éxito y hasta el año 1988. Recuerda muy bien el año de terminación, porque se acercó con la demandante a realizar los trámites de afiliación ante el ISS para la verificación de tiempos cotizados, siempre tuvo un contacto fuerte con los compañeros con los que laboró en el éxito, incluso aún se reúnen. Ha acompañado varias veces a la demandante a reclamar los tiempos laborados al éxito sin respuesta afirmativa. La demandante tenía como funciones vendedora y luego cajera. Se presentaba a trabajar todos los días, en el éxito de pichincha devengando un salario mínimo, y le pagaban todos los miércoles. Se le pagaban horas extras. Cuando se iba a acabar el ISS fueron a solicitar los períodos y ella la acompañó, pero a la demandante no le llegó misiva alguna con documentación ni con los periodos cotizados. Los jefes de la demandante fueron Elsy Correa, Álvaro Tobón y las coordinadoras de caja. Arguyó que la demandante fue despedida porque era política de la empresa despedir a los trabajadores a los 8 años de servicio.

En igual sentido la declarante **Ofelia de Jesús David Bolívar** indicó

Que trabajó 34 años en el Éxito. Conoce a la demandante porque empezó a trabajar por temporadas y como a los dos o tres meses la dejaron trabajando fijo, y de ahí le hicieron contrato a término indefinido. Explicó que la señora Peña Roldan laboró hasta el año 1988 o 1989 lo que le consta de manera personal y directa. No sabe si se le pagó seguridad social. La demandante siempre trabajó en Guayaquil, al inicio en el cargo de vendedora, y después cajera, algunas veces trabajó como auxiliar en tesorería. Aclaró que el éxito de Guayaquil y el de Pichincha son el mismo, pues tenía dos entradas. La demandante trabajó todo el tiempo de manera ininterrumpida. Los jefes eran



la señora Elsy Correa, y también estaban los supervisores de cada área. La labor era de tiempo completo. El salario se pagaba cada ocho días, y después cada mes. Enunció que cada que alguien cumplía 8 años de labor era despedida, lo que no pasó con la deponente por haber entrado a trabajar en fecha anterior. Explicó que de manera personal y directa le consta, que no hubo interrupción en el servicio prestado por la demandante.

Como prueba documental se incorporó:

Contrato de trabajo suscrito entre Almacenes Éxito SA y la demandante el 11 de enero del año 1980, con el fin que esta última prestara los servicios de vendedora los días viernes y sábado.

Misiva del 18 de enero del año 1984 mediante la cual, se requiere a la demandante para recibir el entrenamiento de vendedora-cajera y en donde se indica que, si la empresa estima que no ha tenido la capacitación necesaria para el desempeño del nuevo cargo, regresará a su puesto anterior.

Material fotográfico del que no se identificó las personas que allí se observaban.

Contrario a lo esgrimido por la *a quo*, considera la Sala que los elementos de prueba valorados en su conjunto dan claridad sobre la existencia de la prestación personal del servicio de la demandante a la aquí accionada.

Las testigos, quienes además enunciaron haber sido compañeras de trabajo de la demandante, por lo cual, reprodujeron hechos que presenciaron de manera personal y directa, expusieron con claridad que inicialmente la demandante fue contratada por “temporadas”, “viernes y sábados”, situación que se compadece con la confesión en el interrogatorio de parte, y el contenido del pliego contractual allegado con la demanda, en donde se indica que, el contrato sólo se daba de viernes y sábado.

Fue sin duda objeto de confesión que la relación laboral se dio de manera continua e ininterrumpida desde después de la temporada del día de la madre

del año 1980, es decir, y fueron coherentes en afirmar que la asignación salarial era el mínimo legal vigente.

La prueba testimonial también expuso, con total espontaneidad, claridad y precisión que la demandante prestaba sus servicios bajo la supervisión de la señora Elsy Correa, quien era la supervisora encargada por el empleador para ello, que la persona encargada del puesto de información verificaba el cumplimiento del horario, que la prestación del servicio era personalísima, y que, sólo se ausentaban con autorización o por incapacidad médica; probándose con ello, los elementos esenciales para la declaratoria de la existencia de la relación laboral, y ausente en el proceso elementos de juicio por la pasiva que desvirtuaran la naturaleza de la prestación del servicio realizado.

No considera la Sala que sea imposible determinar los extremos, como lo indicó la *a quo*, por los siguientes motivos:

- El contrato allegado da cuenta de la prestación del servicio sólo los días viernes y sábado de manera inicial.
- Las testigos expusieron que, se ingresaba así a la empresa y a los dos o tres meses se le hacía un contrato fijo.
- La demandante confesó que su contratación inaugural fue por “temporadas”, pero que fue contratada de manera “fija” desde la temporada de día de madres del año 1980.
- Las testigos expusieron que la demandante laboró hasta el año 1988, porque cuando se cumplían 8 años de servicio en la empresa se terminaba la relación laboral.

Con todo lo anterior, hay elementos suficientes para inferir, que, desde el mes de mayo del año 1980, la demandante estuvo unida con la pasiva en un contrato laboral a término indefinido, pues se prueba la prestación personal del servicio a favor de la pasiva.

En sentencia SL 1046 del año 2021 se precisó por la Sala Laboral:

*“Con todo, no sobra agregar, que con total independencia de si los hitos de inicio y terminación se establecen en forma exacta o por aproximación, conforme a las probanzas arrojadas a juicio, entre uno y otro extremo, siempre tendrá que estar acreditada la continuada prestación del servicio en forma subordinada del trabajador para el empleador.”*

Valga la pena también, traer a colación lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien en diversas oportunidades ha analizado y establecido la teoría de la aproximación de los extremos laborales, sea el caso mencionar la reciente SL2096-2021, donde se señaló:

*“Sin embargo, como no precisaron el extremo final de esa anualidad, pues solo uno de los declarantes anunció que el finiquito ocurrió el 13 de agosto de 2013, pero sin que ninguno indicara las circunstancias de tiempo, modo y lugar de lo acontecido o el motivo por el cual recordaban con precisión que el recurrente e inclusive, ellos mismos, laboraron hasta esa fecha, era dable acudir a la regla de aproximación sentada por la jurisprudencia en las providencias CSJ SL, 22 mar. 2006, rad. 25580; CSJ SL, 28 abr. 2009, rad. 33849; CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167; CSJ SL905-2013; CSJ SL14032-2016 y CSJ SL1181-2018.*

*Ciertamente, en casos como el presente, cuando se tiene certeza sobre la prestación de un servicio en un determinado período, la Sala ha indicado perentoriamente que los jueces deben procurar por desentrañar de los elementos de persuasión, los extremos temporales de la relación laboral, asumiendo, por lo menos, que ello ocurrió en el primer día del año o en el último, según el caso.”*

La sentencia SL-905-2013, enseñó:

*En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado.*

Ante la antigüedad de los hechos narrados la carga probatoria se hace más pesada, sin embargo, la parte actora **si logró probar la existencia de la relación laboral con la pasiva y arrimar documental que soportaba sus dichos, y se reitera, los elementos probatorios deben revisarse en un conjunto, calificando la coherencia entre éstos bajo las reglas de la sana crítica.**

En atención a lo anterior, es procedente indicar que la demandante laboró para la pasiva desde el 1 de mayo del año 1980 y hasta el 1 de mayo del año 1988, percibiendo una asignación del salario mínimo legal mensual vigente, pues no puede dejarse de lado la presunción de la existencia de la relación laboral estando probada la prestación personal del servicio mediante la testimonial aportada, y la valoración de con los demás elementos probatorios que dan un panorama evidentemente diferente al expuesto en sentencia por la *a quo*.

### **Omisión de afiliación**

Conforme a la certificación allegada por la parte actora y expedida por Colpensiones, se lee lo siguiente:

*“Verificada la base de datos de Afiliados, el Documento Cédula de ciudadanía número 32320517, no está Registrado en el Régimen de Primera Media con Prestación Definida-RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES”*

De acuerdo a la copia de la cédula de la demandante, se constata que nació el 6 de marzo del año 1960, por lo cual, cumpliría 57 años de edad en el año 2017. Es preciso recordar que la omisión de afiliación al sistema general de pensiones, tiene como solución, la realización de un cálculo actuarial, que no sería otro que la validación del tiempo prestado ausente de cobertura, independiente ello a la razón por la cual, su empleador no realizó la afiliación debida.

La Sala Laboral, en sentencia SL 3506 del año 2019, indicó:

*“De entrada, debe señalarse que no le asiste razón al recurrente en los yerros jurídicos que le atribuye a la decisión de segundo grado, pues en relación con el régimen jurídico aplicable para definir los efectos de la omisión en la afiliación o la mora en el pago de los aportes a la seguridad social, esta Sala tiene adoctrinado que debe aplicarse las normas jurídicas vigentes al momento de causarse la prestación reclamada, con prescindencia de aquellas que gobernaban el asunto al momento de incurrirse en la mora u omitirse la afiliación, por lo que desde ese punto de vista, no es equivocado el razonamiento del Tribunal al hacer uso del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, para resolver la controversia. “*

Por tanto, al cumplir la edad la demandante en el año 2017 para solicitar el pago de prestación alguna ante el sistema general de pensiones, el asunto se ha de regularse por la ley 797 del año 2003 vigente para esa calenda.

En sentencia CSJ SL069-2018, la cual, fue reiterada en la SL1358-2018, se sostuvo por la Sala Laboral:

*«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**» (Negrillas fuera del texto original).*

Es determinante recordar, que la demandante de acuerdo a la prueba recaudada, siempre prestó los servicios en la ciudad de Medellín.

La obligación de cotización, no nació con la Ley 100 de 1993, toda vez que desde la Ley 90 de 1946 cuando se hizo imperiosa la existencia del entonces ISS, se vio necesario que los trabajadores estuvieran cubiertos, o amparados bajo las contingencias derivadas de los principales riesgos (invalidez, vejez y muerte), manto protector que debía ser extendido por el empleador como consecuencia del vínculo contractual. La cotización, entonces, es una consecuencia directa de la relación laboral.

En ilación con lo expuesto, la Sala Laboral, ha sido enfática, que, para convalidar el incumplimiento en el deber de afiliación, lo que procede es el pago del cálculo actuarial por parte del empleador omiso en los términos del literal d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003. Al respecto, en la sentencia SL2475-2018 la Corporación señaló:

*(...) la jurisprudencia actual de esta Corporación viene sosteniendo que este tipo de eventualidades deben ser asumidas por el sistema de seguridad social, en virtud de las normas vigentes al momento del cumplimiento de los requisitos, que han dispuesto tener como válidos los tiempos servidos a empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador o los tiempos servidos a un empleador que, antes de la Ley 100 de 1993, tenía a su cargo la pensión, a condición de que el patrono traslade con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente del trabajador, a satisfacción de la entidad administradora, representado por un bono o título pensional.*

*En la providencia SL2731-2015, la Corte asentó:*

*Frente a tales reflexiones, esta Sala de la Corte se ha orientado a determinar que las normas que pueden contribuir a resolver esas 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 se afecte su estabilidad financiera.*

*Un claro ejemplo de ello son las previsiones contenidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, conforme con las cuales deben tenerse en cuenta como tiempos válidos para la pensión de vejez, entre otros, «...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...», así como «...el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.» Todo ello, con la previsión de que «...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».*

Teniendo en cuenta que la norma precisa para dar solución al caso, es el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que establece:

*“Art. 33.- Modificado. Ley 797 de 2003, art. 9.º: Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: (...)*

*Parágrafo 1º.- Para efectos del cómputo de 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 será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, traslade, 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 (...).”*

Debe procederse, por tanto, con el pago del cálculo actuarial correspondiente, desde el 1 de mayo del año 1980 hasta el 1 de mayo del año 1988, teniendo en cuenta para ello, el salario mínimo legal mensual vigente para cada año.

Allegó la parte actora certificado RUAF en el que se constata que la señora Peña Roldan no ha tenido **ninguna afiliación** al sistema general de pensiones.

El Decreto 1650 de 1977, prescribía, en el artículo 14:

*“ARTÍCULO 14. DEL CONCEPTO DE AFILIACIÓN. La afiliación es la inscripción de un trabajador al régimen de los seguros sociales obligatorios y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que de él se derivan.”*

Bajo el entendido que la demandante debió afiliarse al entonces Instituto de Seguros Sociales, deberá ordenarse el cálculo actuarial a favor de la señora Peña Roldan y ante Colpensiones, entidad que, de manera posterior, y una vez recibido el cálculo actuarial correspondiente, decidirá la prestación que sea procedente.

No es pertinente, por tanto, el pago de manera directa a la demandante como se solicita en el escrito de demanda, ni tampoco al Fondo Privado como se expone de manera más beneficioso para la trabajadora sino ante Colpensiones, prosperando así la primera pretensión subsidiaria de la primera pretensión subsidiaria de la pretensión consecuencial de la pretensión principal. Ello, pues era el entonces Instituto de Seguros Sociales la entidad que debió recaudar los valores correspondientes en su momento, y ante quien, se debió inequívocamente realizar la afiliación de la actora, por lo cual, no se ordenará pago alguno a favor de la demandante sustrayéndose por su ello la pretensión de indexación.

Consecuente con lo anterior, la demandada deberá en el término de treinta días, siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, solicitar ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES la liquidación del cálculo actuarial que se ordena y deberá proceder a su pago dentro del plazo que indique la entidad pública pensional en la respectiva liquidación.



**Excepciones propuestas por la pasiva.**

Ante la prosperidad de los pedimentos del libelo genitor, se centra la Sala en el estudio de los medios exceptivos propuestos.

La prescripción, no tiene mérito para su estimación, pues sobre el tema ha desarrollado la H. Corte Suprema de Justicia, pacífica posición sobre la reclamación del título o cálculo actuarial es un mecanismo de financiación del derecho pensional, siendo éste un derecho fundamental, y teniendo en cuenta ese contexto no se predica su extinción por el paso del tiempo.

La excepción de inexistencia de la obligación se encuentra implícitamente resuelta en el presente proveído, pues de manera suficiente se ha argumentado las razones de la procedencia de lo pretendido.

Costas en primera instancia a cargo de la parte accionada y a favor de la parte actora.

Sin costas en esta instancia, ante la prosperidad del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** en su totalidad la decisión proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín.

**SEGUNDO: DECLARAR** que entre la señora Gloria Elena Peña Roldan y Almacenes Éxito SA existió una relación laboral entre el 1 de mayo del año 1980 y el 1 de mayo del año 1988, con una asignación salarial mensual del mínimo legal mensual vigente para cada año.

**TERCERO: CONDENAR** a Almacenes Éxito SA, a solicitar en el término de treinta días (30), siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, ante Colpensiones, el cálculo actuarial correspondiente a los periodos de cotización entre el 1 de mayo del año 1980 y el 1 de mayo del año 1988, con una asignación mensual del salario mínimo legal mensual vigente y pagarla en el término que dicha entidad otorgue a favor de la señora Gloria Elena Peña Roldán.

**CUARTO: DECLARAR** imprósperas las excepciones propuestas por la pasiva.

**QUINTO: CONDENAR** en costas de primera instancia a cargo de la parte accionada y a favor de la parte actora.

Sin costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso de alzada.

**SEXTO:** Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Se ordena regresar el expediente al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

Firmado Por:

**Jaime Alberto Aristizabal Gomez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**John Jairo Acosta Perez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Francisco Arango Torres**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ea83fcfcf714940a505f9f72bc8bc78e92d20e427e04a42cf320949d117e99f5**

Documento generado en 28/07/2023 03:18:28 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**