

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **GUSTAVO DE JESÚS GÓMEZ GIRALDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **CEMENTOS ARGOS S.A.**, tramitado bajo el radicado único nacional **05001-31-05-017-2022-00023-01**.

El magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y la Sala, previa deliberación sobre el asunto, adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos.

1. ANTECEDENTES:

A través de la presente acción judicial, el demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad Cementos del Nare S.A. -hoy Cementos Argos S.A.-, por el periodo del 27 de noviembre de 1980 hasta el 16 de octubre de 1981 y entre el 01 de diciembre de 1981 y el 20 de noviembre de 1990 equivalente a 509.43 semanas; se declare que CEMENTOS ARGOS S.A. omitió cancelar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por dichos periodos, y como consecuencia de lo anterior, se condene a esta sociedad al pago del cálculo actuarial, incluyendo los intereses a que haya lugar a satisfacción de COLPENSIONES, e igualmente, se condene a esta entidad al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, más los rendimientos financieros incluyendo el anterior tiempo laborado al servicio de CEMENTOS ARGOS S.A., la indexación de los anteriores valores, las costas del proceso a cargo de los codemandados y condenas ultra y extra petita.

Como fundamento de hecho de sus pretensiones, relata el demandante que se encuentra afiliado a COLPENSIONES; y habiendo laborado en CEMENTOS DEL NARE S.A. hoy CEMENTOS ARGOS S.A. por el periodo del 27 de noviembre de 1980 al 16 de octubre de 1981 y entre el 01 de diciembre de 1981 y el 20 de

noviembre de 1990, no fue afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, ni se le cancelaron los aportes correspondientes a dicho periodo.

Manifiesta que COLPENSIONES le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con base en 23 semanas, equivalente a la suma de \$490.158, sin tener en cuenta la densidad del tiempo laborado en CEMENTOS DEL NARE S.A.

Manifiesta que tiene más de 62 años y que las demandadas han incurrido en mora por más de 4 meses para la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

2. DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, desató la litis mediante sentencia proferida el 14 de junio de 2022, declarando la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad CEMENTOS ARGOS S.A., en los periodos del 27 de noviembre de 1980 al 16 de octubre de 1981, y entre el 1° de diciembre de 1981 y el 20 de noviembre de 1990, condenando a esta sociedad a reconocer y pagar a favor del demandante el cálculo actuarial por los periodos trabajados y no cotizados comprendidos entre el 27 de noviembre de 1980 al 16 de octubre de 1981, del 1° de diciembre de 1981 al 28 de abril de 1985 y del 30 de julio de 1985 al 20 de noviembre de 1990. Así mismo, le ordenó a COLPENSIONES liquidar el cálculo actuarial, a recibir el pago del mismo, y consecuentemente, reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del demandante. Por último, condenó en costas a la sociedad CEMENTOS ARGOS S.A.

Para arribar a la anterior decisión, la *a quo* indicó que conforme múltiples certificaciones y lo aceptado por CEMENTOS ARGOS S.A. en la contestación, se acredita la existencia del vínculo laboral entre el 27 de noviembre de 1980 y el 16 de octubre de 1981, y ente el 1 de diciembre de 1981 al 20 de noviembre de 1990, momento para el cual, no existía un llamado a cobertura por parte del ISS. En principio, la demandada no tenía la obligación de generar los pagos al sistema general de seguridad social, aunque se observa en la historia laboral existen unas cotizaciones entre el 29 de abril de 1985 y el 28 de julio de 1985, sin entenderse porque no se realizaron las cotizaciones por los otros tiempos.

Señala que conforme la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los empleadores deben responder por el cálculo actuarial correspondiente a los periodos en los que la prestación de servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuviera la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura. Igualmente, la Corte Constitucional en la Sentencia hito T-410 de 2014, determinó que el

condicionamiento del literal c) parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y art 9 de la ley 797 de 2003, relativo a la vigencia del contrato de trabajo al momento de entrar en vigor el sistema general de pensiones, para efectos de ordenar el traslado de los aportes correspondientes al tiempo de servicios, prestados por el trabajador, vulnera el derecho al cómputo de periodos causados para efectos pensionales, a la luz de los artículos 48 y 58 de la Constitución Política, que amparan los derechos adquiridos, el principio de efectividad de cotizaciones y los tiempos de servicios para efectos pensionales y el principio de eficiencia de la seguridad social.

Advierte que el despacho siempre ha sido de este criterio, porque toda prestación personal del servicio incluye el derecho a la seguridad social, y los pagos no solo se cancelan para efectos de la pensión de vejez, sino también para cualquier prestación del sistema general de seguridad social, dado que el derecho a la seguridad social es irrenunciable, de manera que los empleadores tenían la obligación de generar las reservas y trasladarlas al ISS.

En cuanto a COLPENSIONES, le ordenó liquidar el cálculo actuarial, debiendo, vez recibido el pago por parte de CEMENTOS ARGOS S.A., reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por cuanto el demandante no tiene las 1300 semanas que exige la norma, precisando que Colpensiones no puede entregar la indemnización sustitutiva sobre sumas que no ha recibido.

Condenó en costas a CEMENTOS ARGOS S.A., por tratarse de un tema que es pacífico con una línea jurisprudencial, clara, concreta y precisa, además que pudo haber pagado el cálculo actuarial incluso sin necesidad de un proceso judicial; en cuanto a COLPENSIONES, no la condenó en costas, toda vez que su única carga es liquidar el cálculo actuarial, y su obligación depende de CEMENTOS ARGOS S.A.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada judicial de la sociedad demandada CEMENTOS ARGOS S.A., interpuso el recurso de apelación solicitando que la sentencia de primera instancia sea revocada, Argumentando que conforme el principio de irretroactividad de la ley y la Sentencia C-691 de 2001, no se pueden regular situaciones jurídicas del pasado ya definidas o consolidadas con la fuerza que les prestó la Ley bajo la cual se constituyeron. Explica que el sistema general de seguridad social en pensiones, tuvo cobertura paulatina en las diferentes zonas geográficas del país, pudiéndose evidenciar con la prueba documental, que la zona en la cual el demandante prestó

sus servicios, no tenía cobertura del seguro social, para el momento en el cual se surtió la relación laboral.

Expone que fue a partir de la Ley 100 de 1993, que el sistema general de pensiones tuvo cobertura general, pero en el caso del demandante, su vinculación se surtió con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y no continuó con posterioridad a dicha vigencia, toda vez que finalizó el 20 de noviembre de 1990, sin que fuera posible para la empresa afiliarlo. Aduce que, si bien para la juez hay una contradicción en lo que respecta a que el demandante tuvo unas afiliaciones en el año 85, esto se debió a un tema histórico dentro de la zona geográfica de lo que fue Cementos del Nare, donde inicialmente se trató de iniciar una afiliación de los colaboradores que se encontraban en dicha zona, pero ellos no estuvieron de acuerdo, y aunque el ISS aceptó dicha afiliación, no se pudo sostener en el tiempo por dicha situación.

Manifiesta que hay diferentes sentencias antes del año 2011, conforme las cuales, donde no había cobertura, no existía esa obligación para esos empleadores, y a pesar del cambio jurisprudencial, hay un salvamento de voto del magistrado Iván Mauricio Lenis Gómez en Sentencia 82738 de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, donde estableció que en ausencia de cobertura del riesgo del ISS el empleador estaba obligado al pago de obligaciones pensionales, pero, al no existir omisión de empleador, dado que no había cobertura del ISS, el cálculo actuarial constituyó un instrumento concebido única y exclusivamente para garantizar el pago de las obligaciones pensionales de las empresas que al 23 de diciembre de 1993 reconocían y pagaban sus propias pensiones. Alega que conforme el salvamento de voto, el demandante no tiene una expectativa legítima para acceder a una pensión de vejez y si bien se condena a la reliquidación de la indemnización sustitutiva, esta prestación es una creación de la ley 100 de 1993, respecto de la cual, el empleador no tiene obligación hacia el trabajador.

Solicita que en caso de ratificarse la decisión, se exonere de los intereses moratorios o sanción por no pago, teniendo presente, que la demandada siempre actuó bajo los parámetros de la buena fe y bajo los parámetros de las leyes constituyeron la relación laboral y para ello, trae a colación, la sentencia de la sala cuarta de decisión laboral del Tribunal superior de Medellín, proferida en proceso de radicado “0500131050092017001600”, en el cual absolvió a su representada al pago de intereses moratorios dentro del mismo cálculo actuarial que debía realizar la entidad.

Así mismo, solicita que no se condene en costas teniendo en cuenta que siempre se actuó bajo los parámetros de la ley y la buena fe, y sobre las leyes que constituían dicha relación laboral.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a dilucidar se circunscribe a establecer, si la demandada CEMENTOS ARGOS S.A. está obligada a pagar los aportes pensionales a favor del demandante a través de cálculo actuarial, por los periodos trabajados y no cotizados comprendidos entre el 27 de noviembre de 1980 y el 16 de octubre de 1981, del 1° de diciembre de 1981 al 28 de abril de 1985, y del 30 de julio de 1985 al 20 de noviembre de 1990; de ser procedente lo anterior, se determinará si hay lugar a exonerar a la sociedad CEMENTOS ARGOS S.A., de intereses moratorios o sanción por no pago dentro del cálculo actuarial que deba realzar, así como de la condena en costas.

Tramitado el proceso en legal forma y no avizorándose hecho que conlleve a su nulidad, y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la apelación, conforme a lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes.

6. CONSIDERACIONES:

En principio, debería la Sala ocuparse del estudio del recurso de apelación, con apego al imperativo contenido en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social, según el cual *“La sentencia de segunda instancia, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*; sin embargo, no se puede olvidar que el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 impone consultar la sentencia en favor de COLPENSIONES, cuando le resulten adversas, por lo que en esta instancia se estudiará la legalidad de las decisiones adversas a Colpensiones.

En este orden de ideas, sea lo primero señalar que no está en discusión que el demandante laboró al servicio de CEMENTOS DEL NARE S.A. –hoy CEMENTOS ARGOS S.A.–, entre el 27 de noviembre de 1980 y el 16 de octubre de 1981, y entre

el 1° de diciembre de 1981 y el 20 de noviembre de 1990, pues así fue aceptado en la contestación de la demanda y así lo hace constar en el escrito del 5 de febrero de 2014 (folio 28 archivo 01DemandaUnificada).

Asimismo, se observa que la demandada pagó aportes a COLPENSIONES a favor del demandante por los periodos del 29 de abril al 29 de julio de 1985, -como así lo advirtió también la *a quo*- situación que según la apelante se explica en una razón histórica cuando la empresa quiso afiliarse al ISS a los trabajadores de la zona geográfica donde laboraba el demandante, pero que en últimas no fue posible. En todo caso, es de indicar que este periodo fue tenido en cuenta por COLPENSIONES al reconocerle al actor la indemnización sustitutiva según se extrae de la Resolución SUB 234721 del 22 de septiembre de 2021 (folios 20 a 23 archivo 01) y la juzgadora de primera instancia lo excluyó de la condena al pago del cálculo actuarial, situaciones estas que no suscitan ningún debate entre las partes.

Ahora bien, pasando a estudiar lo referente a la obligación de CEMENTOS ARGOS S.A. de pagar los aportes pensionales a favor del demandante a través de cálculo actuarial, por los periodos trabajados y no cotizados entre el 27 de noviembre de 1980 y el 16 de octubre de 1981, del 1° de diciembre de 1981 al 28 de abril de 1985, y del 30 de julio de 1985 al 20 de noviembre de 1990, es preciso tener en cuenta que la jurisprudencia de todas las altas Cortes de nuestro país, es decir la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y el Consejo de Estado, tiene establecido una clara y definida línea jurisprudencial según la cual, ante la falta de afiliación de un trabajador al sistema pensional por parte del empleador, bien sea por imposibilidad de hacerlo por falta de cobertura del ISS o por cualquier otra razón, es obligación del empleador, pagar los aportes pensionales que no canceló, por el procedimiento del cálculo actuarial.

La línea jurisprudencial antes mencionada ha sido construida inicialmente por la Corte Constitucional mediante en las sentencias T-719 de 2011, T-020 de 2012, T-651 y 770 de 2013 y T- 435 de 2014, T- 665 de 2015, T – 64 de 2018, SU- 226 de 2019, entre otras.

En la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la tesis antes mencionada del deber de los empleadores de responder por las cotizaciones o aportes pensionales aún en los casos que no había cobertura del ISS o no había la obligación legal de cotizar, fue asumida en un principio con restricciones, pero posteriormente con más amplitud en la sentencia 32922 de 22 de julio de 2009 y la sentencia 35692 de 24 de enero de 2012 y sin restricciones de ninguna clase a partir

de la Sentencia SL9856-2014, ratificada en las sentencias SL 18906-2017, SL3524-2018, SL4334-2019 entre muchas otras.

El Consejo de Estado también ha sostenido la tesis ya referida, entre otras en las sentencias 2006-02298 de octubre 24 de 2012, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A", en la Sentencia 2006-00068 de marzo 11 de 2010, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, y en la Sentencia 2016-05641 de julio 19 de 2017, SECCIÓN CUARTA., entre otras.

Y es que como se ha explicado en las referidas sentencias, sobre todo las de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, no es que al empleador que no tuvo la obligación de afiliar a sus trabajadores al ISS por falta de cobertura, se le esté imponiendo una carga económica que legalmente no tenía, pues antes de la obligación de los empleadores de afiliar al ISS, tenían a cargo el reconocimiento de la pensión a sus trabajadores, por lo que en todo caso, tenían una carga económica, que incluso podía ser más onerosa que el solo pago de las cotizaciones a la seguridad social, y por ello es razonable la tesis jurisprudencial sostenida en el sentido, que refiere que si el trabajador no alcanzó a obtener la pensión a cargo del empleador, este tenga la carga de contribuir parcialmente con el financiamiento de la misma, por el tiempo que el trabajador estuvo a su cargo, con el pago de las cotizaciones por el procedimiento del cálculo actuarial como lo ha definido la jurisprudencia antes citada.

Bajo estas circunstancias, esta Magistratura no comparte los argumentos esgrimidos en la apelación referentes que se está desconociendo el principio de irretroactividad de la Ley al regularse situaciones jurídicas del pasado ya consolidadas, pues como lo ha explicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en reciente sentencia SL1080 del 15 de marzo de 2023 Radicación No 93781, citando a su vez providencias anteriores, desde la Ley 90 de 1946, los empleadores tuvieron la obligación de realizar la provisión para el pago de aportes a pensiones, y aunque existieran casos en los que el ISS no asumió los riesgos de invalidez, vejez y muerte por falta de cobertura, ello no exoneró a los patronos de su responsabilidad en materia pensional. De esta manera, aunque por dificultades logísticas y financieras el sistema general de pensiones se implantó en forma gradual, ello no quiere decir que en las regiones en las que no había cobertura del ISS, el empleador se hubiese desligado de toda obligación respecto de los periodos efectivamente laborados por el trabajador antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993,

pues en estos casos, la doctrina vigente del órgano de cierre enseña que la solución se concreta en el pago del cálculo actuarial para que se pueda financiar un eventual derecho pensional por parte de las entidades de seguridad social.

Ahora, se alega en la apelación de CEMENTOS ARGOS S.A. que conforme el salvamento de voto, el demandante no tiene una expectativa legítima para acceder a una pensión de vejez y si bien se condena a la reliquidación de la indemnización sustitutiva, esta prestación es una creación de la ley 100 de 1993, respecto de la cual, el empleador no tiene obligación hacia el trabajador, pues la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, también se tienen cuenta el tiempo no cotizado por los empleadores por cualquier causa, aun antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Así lo indicó la citada Corte, entre otras, en la Sentencia SL3694-2021

En relación con lo anterior, necesario es señalar que el salvamento de voto referido por la apelante no tiene carácter vinculante, como si lo es la pacífica y reiterada jurisprudencia que hay en torno a la materia, que constituye doctrina probable y por tanto precedente que debe ser acatado.

También se aduce en la apelación, que, el cálculo actuarial constituyó un instrumento concebido única y exclusivamente para garantizar el pago de las obligaciones pensionales de las empresas que al 23 de diciembre de 1993 reconocían y pagaban sus propias pensiones.

El párrafo primero del Art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9, Ley 797 de 2003, establece lo siguiente:

“Párrafo 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.”

Si bien es cierto, el pago de las obligaciones pensionales a través del cálculo actuarial, conforme la anterior norma legal, se predica de las empresas que al 23 de diciembre de 1993 reconocían y pagaban sus propias pensiones, eso es precisamente lo que ocurre en el caso del demandante en el que para la fecha en que labró con CEMENTOS DEL NARE S.A. hoy CEMENTOS ARGOS S.A. entre el 27 de noviembre de 1980 al 16 de octubre de 1981 y entre el 01 de diciembre de 1981 y el 20 de noviembre de 1990, esta empresa reconocía directamente las pensiones a sus trabajadores, ante la falta de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Ahora, si la apoderada de CEMENTOS ARGOS S.A., lo que quiere significar es que para que proceda el cálculo actuarial, se debe dar el requisito que la relación laboral esté activa, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde la Sentencia T-396 de 2018, ha indicado que este requisito no es exigible por desconocer el derecho constitucional a la igualdad. Eso se anotó en la referida Sentencia:

“40. En síntesis, si bien el requisito de vigencia de la vinculación laboral que exige el literal c del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 no desconoce el derecho a la igualdad –Sentencia C-506 de 2001– sí vulnera el derecho a la seguridad social y al mínimo vital, razón por la cual, hay lugar a aplicar la excepción de constitucionalidad y, en este sentido, ordenar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador. 35

En igual sentido se ha pronunciado la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia SL939-2019 en la cual anotó:

“Por otra parte, en el marco de su jurisprudencia, la Corte ha aleccionado que, contrario a lo dicho por la censura, la vigencia del contrato de trabajo en abril de 1994 constituye un presupuesto intrascendente, a la hora de definir la procedencia de acumular tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial. Ha dicho la Sala en ese sentido:

Es cierto, como lo resalta el censor, que el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, dispone que la integración del tiempo servido a empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento de la pensión, se da

«...siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.»

No obstante, para la Sala resulta preciso recordar que no fue solo esa disposición la que le dio fundamento a la decisión del Tribunal, sino que también sirvieron a ese propósito, entre otros, la filosofía y los principios de integralidad y universalidad consignados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, y, para este caso, la vocación de permanencia de la afiliación al sistema, que no puede verse afectada por el ejercicio del ius variandi, cuestión que no fue controvertida por la censura.

Además de lo anterior, para la Sala la solución del pago de cálculos actuariales, por empleadores que no pagaron aportes debido a la falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a la que acudió el Tribunal, no puede hacerse depender de que la relación laboral hubiera estado vigente para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o para el 23 de diciembre de 1993, como lo disponía el Decreto 1887 de 1994.

En este aspecto, desde las sentencias CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 42398 y CSJ SL646-2013 esta Sala de la Corte ya había justificado la necesidad de inaplicar ese tipo de condicionamientos, por ser contrarios a la intención del legislador plasmada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. En dichas decisiones se recalcó que «...la Ley 797 de 2003 no estaba creando por primera vez la obligación del empleador de responder por el tiempo servido por el trabajador sin la afiliación debida, puesto que esta obligación, en esencia, ha existido desde el momento mismo en que surgió, para este, la obligación de afiliar al trabajador al ISS. Con la modificación introducida por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 lo que se quiso fue adecuar al régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993, la forma de hacer el cómputo de los tiempos laborados por el trabajador para un empleador que fue omiso en su deber de afiliación al régimen de pensiones, en cualquier época...»

También la Sala considera pertinente destacar que ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral.

Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Cabe decir también que la Corte Constitucional, haciendo eco, entre otras, de la jurisprudencia de esta Sala, ha sostenido que «...el juez de la causa concreta debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el aparte normativo “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993” contenida en el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y en la expresión similar contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y ordenar en su lugar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador.» Sentencia T 410 de 2014.

Como conclusión, el Tribunal tampoco incurrió en error jurídico alguno al considerar que no era relevante «...la circunstancia de que el contrato del trabajador estuviere o no vigente al momento de la expedición de la Ley 100 de 1993...» (CSJ SL2138-2016).

La referida orientación jurisprudencial también la ha aplicado la Corte en casos de tiempos de servicios anteriores al 1 de enero de 1967, cuando inició la cobertura de los riesgos de IVM por el Instituto de Seguros Sociales, como en este caso, bajo la consideración de que son lapsos en los que el empleador tenía a su cargo el reconocimiento de la pensión y, pese a la subrogación, conservaba ciertos compromisos pensionales, que se traducen en contribuir a la financiación de la pensión, a través del pago de los tiempos mediante cálculo actuarial. (Ver CSJ SL760-2018, CSJ SL5541-2018, CSJ SL3547-2018, CSJ SL3524-2018, CSJ SL2036-2018, CSJ SL1515-2018, entre otras). En la sentencia CSJ SL197-2019 se explicó al respecto:

*La aplicación de los anteriores criterios jurisprudenciales para la situación de omisión en estudio, implica que **si bien los empleadores de trabajadores que tenían menos de diez años de servicio al momento en el que el ISS asumió el riesgo de vejez, quedaron subrogados de reconocer esa prestación económica, ello no los exime de su responsabilidad pensional por el tiempo en el que no hubo cobertura, y en particular, de contribuir a la financiación de la pensión por el periodo efectivamente laborado por el trabajador, incluso si con ello, el empleado no alcanza a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, toda vez que aquel puede seguir cotizando para obtenerla; y si de todas formas no la obtiene, esos recursos son del sistema de seguridad social.***

Ello, se reitera, porque no se desconoce el trabajo del afiliado y garantiza el reconocimiento de la prestación de vejez, sin resquebrajar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social por las cotizaciones sufragadas.

En virtud de lo expuesto, los periodos servidos por el actor entre el 15 de julio de 1957 y el 31 de diciembre de 1966 no legitimaban la imposición de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, a cargo de la empresa demandada, sino el reconocimiento de los tiempos servicios, como tiempos cotizados, con el consecuente pago de un cálculo actuarial a cargo de la empresa.”

En razón a los argumentos expuestos en precedencia se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la demandada CEMENTOS ARGOS S.A., a pagar las cotizaciones a favor del actor mediante el aludido cálculo actuarial que realice COLPENSIONES.

Pasando al otro motivo de inconformidad del recurso de alzada, solicitó la recurrente que en caso de ratificarse lo decidido respecto del pago del cálculo actuarial, se le exonere de los intereses moratorios o sanción por no pago. Al respecto, cumple precisar que en el asunto bajo examen la *a quo*, aparte del cálculo actuarial, no condenó a CEMENTOS ARGOS S.A. a pagar intereses moratorios o sanción por no pago.

También es necesario indicar que el cálculo actuarial, es una prestación que para liquidarla, se utilizan procedimientos matemáticos muy distintos al simple pago de las

cotizaciones, pues el Decreto que regula su liquidación establece que se liquida con la siguiente formula: “*Valor de la Reserva Actuarial = (Pensión de referencia x F1 + AF x F2) x F3*”, para lo que se toma en cuenta baremos como la edad en la que conforme la Ley se obtiene la pensión de vejez, un Salario de referencia para el cálculo que también está determinado por el Decreto el que establece que es el que el trabajador tendría a la edad de 57 años de edad si es mujer o 62 si es hombre, el que se obtiene de multiplicar el salario base de liquidación por el trabajador a 31 de marzo de 1994. Además, para liquidar el cálculo actuarial se toma en cuenta el capital necesario para financiar una pensión unitaria de vejez y de sobrevivientes a la edad utilizada para el cálculo del salario de referencia de la reserva actuarial, y el valor del auxilio funerario entre otros aspectos, por lo que el referido cálculo se actualiza al momento de su liquidación, sin que genera intereses, al menos si se paga dentro del término que se otorga para su cancelación y si no se paga el mismo debe ser reliquidado, razones por las cuales, esta Sala no encuentra que en este punto haya algo por revocar o modificar a la sentencia que se revisa.

Como último punto materia de apelación, solicitó la recurrente que la sociedad CEMENTOS ARGOS S.A. no sea condenada en costas, teniendo en cuenta que actuó bajo los parámetros de la ley, de la buena fe, y de las leyes que constituyeron la relación laboral.

Al respecto, debemos remitirnos a la norma legal que regla lo referente a la condena en costas, la cual es el Artículo 365 del CGP que señala:

“Artículo 365. Condena en costas. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.”

En atención a lo dispuesto por el artículo citado, esta Sala de Decisión ha señalado en varias oportunidades, que la norma legal que regula la imposición de costas, consagra un criterio objetivo para proferir tal condena y es que la parte resulte vencida en juicio, razón por la cual, a consideración de esta Magistratura, resulta atinada la decisión del juez de instancia de condenar en costas a la sociedad CEMENTOS ARGOS S.A. quien resultó vencida en juicio, razón por la cual, la sentencia de primera instancia también deberá ser CONFIRMADA en este aspecto.

DE LA RELIQUIDACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE A PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DE COLPENSIONES.

En cuanto a la orden que le dio la *a quo* relativa a liquidar el cálculo actuarial por los periodos trabajados y no cotizados, encuentra sustento en el Inciso segundo del literal e) del Numeral 2 del Art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el Art. 9 de la Ley 797 de 2003, el cual establece que para tener en cuenta las semanas con cálculo actuarial entre otras situaciones por falta de afiliación al sistema pensional se requiere que el importe del referido cálculo sea trasladado “a satisfacción de la entidad administradora”, siendo razonable y ajustado a derecho, lo dispuesto por el juzgado de primera instancia.

En adición de lo anterior, se condenó a COLPENSIONES a recibir el cálculo actuarial y reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez dentro de los 30 días siguientes al recibo del título actuarial, decisión que también se encuentra ajustada a derecho conforme al mandato del citado Inciso segundo literal e) Numeral 2 del Art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el Art. 9 de la Ley 797 de 2003, así como el Art. 17 del Decreto 1474 de 1997 (compilado en el Art. Artículo 2.2.4.4.6., del Decreto 1833 de 2016). De esta manera la obligación en cabeza de COLPENSIONES, de reliquidar la mencionada prestación surge únicamente cuando haya recibido efectivamente el cálculo actuarial, a su satisfacción.

En los anteriores términos, esta Sala encuentra procedente confirmar íntegramente la sentencia apelada y consultada.

Costas en esta instancia a favor del demandante y a cargo de la codemandada CEMENTOS ARGOS S.A., por haber resultado vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

7. DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO. **CONFIRMAR** la sentencia del 14 de junio de 2022, proferida por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por el señor **GUSTAVO DE JESÚS GÓMEZ GIRALDO** contra **COLPENSIONES** y la sociedad **CEMENTOS ARGOS S.A.**

SEGUNDO. **COSTAS** en esta instancia a cargo de CEMENTOS ARGOS S.A. Como agencias en derecho, se fija la suma de \$1.160.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

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

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

John Jairo Acosta Perez
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: **9cc2ce66fcf7b4797f6f57a5f2d8db8125e693d93c45887aab3326f695b2bcfe**

Documento generado en 31/08/2023 02:19:00 PM

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