

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Jhon Jairo Cortés Sepúlveda
DEMANDADO	Colfondos S.A., Conconcreto S.A., Techint International Construction Corp Tecno e Ingenieros Civiles Asociados S.A.
PROCEDENCIA	Juzgado 21 Laboral del Circuito
RADICADO	05001 3105 021 2021 00477 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 213 de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	Cálculo actuarial – con el tiempo que se convalida supera requisitos para garantía de pensión mínima
DECISIÓN	Revoca parcialmente

En la fecha, **ocho (08) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Laboral integrada por las magistradas: María Eugenia Gómez Velásquez, Luz Patricia Quintero Calle y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento con relación a los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las sociedades **Constructora Conconcreto S.A.** y **Techint International Construction Corp Tecno**, frente al fallo emitido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Jhon Jairo Cortes Sepúlveda**, trámite al que también fueron convocadas **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** e **Ingenieros Civiles Asociados S.A.**. Radicado único nacional 05001 3105 **017 2021 00477** 01.

Auto

En los términos de los escritos allegados a esta instancia se reconoce personería a los abogados: **Adriana Gómez Fernández** y **José David Vaca Arriaga**, para continuar con la defensa de los intereses de las sociedades **Techint International Construction Corp Tecno** y **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, en su orden.

Sentencia

La Magistrada ponente en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración el proyecto, discutido y aprobado mediante acta Nro. **26**, el cual se plasma a continuación.

Antecedentes

Pide el demandante se condene a las demandadas al pago del cálculo actuarial al fondo de pensiones, así: **Consorcio Ica de México Grandicon**, por el lapso comprendido entre el 24 de julio de 1981 y el 13 de mayo de 1982, equivalente a 293 días, **41.8571 semanas**; al **Consorcio Méndez Junior Techint Conconcreto**, por el lapso del 13 de julio de 1983 al 21 de enero de 1985, 558 días, esto es **79,71,43 semanas**; y como consecuencia, se ordene a Colfondos S.A. a realizar la liquidación de tal cálculo o bono, y una vez se cancele tal valor proceda a su desembolso, de manera indexada, como **reajuste a la devolución de saldos** ya aprobada. Ruega también condena en costas.

En sustento de ello se aduce que, el demandante cuenta con **63 años**, ha desempeñado diversos empleos; inicialmente cotizó al ISS y luego a Colfondos S.A.. Prestó Servicios al consorcio **ICA Grandicon** (integrado por las empresas Ingenieros Civiles Asociados México S.A.S

y Grancolombia de Ingeniería y Construcciones S.A.), en el cargo de ayudante general, proyecto hidroeléctrico de San Carlos, entre el **24 de julio de 1981 y el 13 de mayo de 1982**, tal como consta en certificado emitido por tal empresa; al **Consorcio Mendes Junior Techint Conconcreto** (integrado por Construcciones Conconcreto S.A., Méndez Junior S.A.S. y Techint International Construction Corp Tecno), como mecánico de montaje, entre el **13 de julio de 1983 y el 21 de enero de 1985**, sin que tales ciclos se reflejen en la historia laboral de Colfondos S.A., causándosele un inminente e irremediable perjuicio, razón por la que, mediante derecho de petición, el 10 de agosto de 2021, solicitó a **Ingenieros Civiles Asociados** asumir el ciclo correspondiente, informándosele, el 14 de septiembre siguiente, no hallar en sus archivos dato alguno de su vinculación, precisando que como la mayoría de obras se realizaban con el consorcio, es posible que la misma se hubiese dado con tales agrupaciones. **El 15 y 21 de septiembre de 2021** radicó petición ante **Conconcreto S.A. y Techint International Construction Corp Tecno**, en su orden, para que se incluyeran los tiempos omitidos, manifestándosele por la segunda no obrar en sus archivos registros de su vínculo laboral, e igualmente, que para el lapso pedido la empresa no había sido llamada a cobertura por parte del Seguro Social. Conconcreto nunca respondió.

Agrega que **el 17 de octubre de 2020 Colfondos S.A.** le aprobó la devolución de saldos, al ser el número de semanas cotizadas **inferior a las 1.150** requeridas por el artículo 64 de la Ley 100 de 1993. Estima que la no realización de cálculo actuarial **o la falta del derecho pensional le altera la seguridad social en conexidad con el mínimo vital, el debido proceso y la igualdad**, pues se le estaría privando de un derecho fundamental, inalienable e irrenunciable como lo es la seguridad social.

En auto del **19 de mayo de 2022**, se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación se allegó pronunciamiento por las sociedades vinculadas por pasiva, así:

Techint International Construction Corp Tecno, dice que las pretensiones carecen de sustentación fáctica y jurídica. En torno a los hechos, algunos no le constan, otros no son ciertos, pero acepta que el **Consortio Mendes Junior Techint Conconcreto**, *se constituyó para construir una represa en los municipios de san Rafael y San Carlos Antioquia, lugares donde el Instituto de Seguros Sociales (ISS) hoy Colpensiones, no llamó a inscripciones obligatorias para cotizar por los riesgos de invalidez, vejez y muerte (IVM) por lo cual no era obligatorio, ni posible realizar la afiliación de los trabajadores para cotizar por los riesgos mencionados.* Techint International no fue administradora del Consortio Mendes Junior Techint Conconcreto. Acepta la respuesta emitida con ocasión de solicitud formulada por el demandante el 21 de septiembre de 2021.

Conconcreto S.A., enfrentó las pretensiones al no estar dirigidas en su contra. Sobre los hechos asevera que no le constan o no son tales, explicando que **Constructora Conconcreto S.A.** *fue integrante minoritario del Consortio Mendes Junior Techint Conconcreto, pero como bien lo indica la parte demandante, el señor Jhon Jairo Cortés Sepúlveda presuntamente trabajó para dicho Consortio, nunca para Constructora Conconcreto S.A., quien no lo contrató, no lo remuneró, no lo tuvo en su nómina, no le dio ordenes ni instrucciones, ni lo subordinó laboralmente, por lo cual no tiene conocimiento de la hipotética vinculación laboral que indica.*

Ingenieros Civiles Asociados México S.A.S., advierte que los hechos no le constan o no le corresponde pronunciarse sobre ellos y **resiste** las pretensiones, explicando en los fundamentos de defensa

que tal sociedad, ***fue constituida por escritura pública No. 5.989 en la Notaría No. 7 de Santa Fe de Bogotá, el 2 de diciembre de 1991, inscrita el 30 de enero de 1992, bajo el No. 353.885 del libro IX,*** y el demandante afirma que prestó servicios entre el 24 de julio de 1981 y el 13 de mayo de 1982, luego los derechos reclamados no pueden provenir de esa empresa.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, asiente que, mediante oficio del 17 de octubre de 2020, le informó al demandante la aprobación de la devolución de saldos, al ser su capital insuficiente para financiar pensión de vejez y no contar con las 1.150 semanas para garantía de pensión mínima, asesorándolo para acceder a pensión familiar, BEPS, o continuar cotizando para una pensión ordinaria. La fecha de adquisición del derecho a la prestación subsidiaria fue el 04 de julio de 2020 y la devolución por el monto de **\$144.045.750,00**. Los demás supuestos no son ciertos. Enfrentó las pretensiones.

La primera instancia finalizó con **sentencia** proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito, el **07 de septiembre del año en curso**, en la que se impartió absolución a **Ingenieros Civiles Asociados México S.A. – ICA de México S.A.S.**, declarando configurada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, gravando al demandante con condena en costas a su favor, ello porque a pesar de haberse requerido al promotor del litigio para allegar información que correspondiera a la empresa en que laboró, al haberse constituido la que compareció al trámite con posterioridad al tiempo de vigencia de la relación laboral, nada se trajo, luego no es posible acoger la pretensión planteada frente a esta. **Declaró** la existencia de contrato de trabajo a término indefinido entre **Jhon Jairo Cortés Sepúlveda** y el **Consorcio Mendes Junior Techint**

ConConcreto, con extremos entre el **13 de julio de 1983 y el 21 de enero de 1985**, y condenó **solidariamente a Constructora Conconcreto S.A. y a Techint International Construction Corp Tecno**, *en su condición de miembros del consorcio, a pagar ante Colfondos y en favor del demandante,... los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por el periodo comprendido entre el 13-Jul-1983 al 21-ENE-1985 teniendo como IBC: un salario mínimo, incluyendo la indexación y/o los rendimientos financieros según corresponda.* **Ordenó a Colfondos**, realizar el cálculo de la suma que se debe cancelar y entregarla al demandante como reajuste a la devolución de saldos. Impuso costas a las vencidas.

Argumentó el fallador que con la prueba aportada queda demostrada la relación laboral, durante el ciclo referido, entre el demandante y el **Consorcio Mendes Junior Techint ConConcreto**, del que hicieron parte las sociedades a las que se impuso condena, pues **lo que fue expresamente aceptado**, sin que en tales condiciones sea procedente la ratificación de documento pedida por **Conconcreto**, y no haber desconocido la certificación emitida por el jefe de la oficina jurídica del consorcio, con fecha 18 de febrero de 1988, sin tener tampoco acogida la tesis de inmunidad del empleador frente a los aportes por el no llamamiento a cobertura por el Instituto de Seguros Sociales en los sitios donde se prestó el servicio, impuso la condena al pago del cálculo actuarial reclamado frente a estas sociedades, se reitera, como integrantes del citado consorcio.

Inconforme con ello, **se interpuso recurso de apelación por los apoderados de:**

Conconcreto S.A., refutando el valor probatorio que se dio a la certificación laboral suscrita por Gustavo Villegas – Oficina Jurídica,

fecha 18 de febrero de 1988, que da cuenta de labores por el demandante, asociándolo con la aceptación que hizo la sociedad de haber sido parte del **Consortio Mendes Junior Techint Conconcreto** en épocas como las señaladas en el escrito de contestación de demanda y en el lugar donde el actor prestó servicios, precisando que al momento de tal acto procesal **se solicito la ratificación de documentos privados y concretamente el expedido por el Consortio el 18 de febrero de 1988**, en audiencia del artículo 77 CPT y SS además de los medios de prueba también dispuso ratificación de documentos, lo que implica que tal prueba era válida, ello con base en el Código General del Proceso porque no hay norma en el estatuto especial, concretamente art. 262. Argumentó el juez que al ser Conconcreto parte del Consortio, el documento proviene de la parte por lo que debió ser tachado de falso, en su firma o en el contenido, o haberse aplicado su desconocimiento, lo que es imposible pues se tachan los documentos propios, elaborados o suscritos por la parte a que se oponen o dicen provenir de ella en lo que respecta al desconocimiento, pero el pluricitado escrito no fue elaborado por personal de Conconcreto que es la entidad demandada, por lo que la figura jurídica aplicable es la ratificación del mismo, sin ello no se le puede dar el alcance probatorio que se pretendía y acreditar el vínculo laboral, y al no ocurrir no hay lugar a condena al pago de los periodos reconocidos en la sentencia, entre el 13 de julio de 1983 al 21 de enero de 1985.

Adicionalmente, en lo que respecta al pago del cálculo actuarial, si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido cambiante en este aspecto, acogiendo derechos fundamentales de los trabajadores cuando en principio fue pacífica en señalar que no le incumbía al empleador asumir los pagos cuando por falta de cobertura del ISS no

se hicieron las cotizaciones, tal tesis cambió para afirmar que no se puede desconocer al trabajador el derecho a la seguridad social y a la pensión, decisión que ha generado una serie de inequidades al imponerse falencias del Estado a los empleadores que cumplieron sus obligaciones de buena fe, dando aplicación al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia ocho años después de finalizada la relación laboral, pero se debe tener en consideración que si bien la Corte Suprema de Justicia y la Constitucional han proferido sentencias, según esta última debe tenerse en cuenta para el análisis que la labor se ejecutó conforme a la norma vigente, esto es C.S.T., y en todo caso no se puede obligar al empleador excluyendo principios como la seguridad jurídica, cuando con el cambio abrupto de precedente, después de 20 años, se obligue a tal pago; y de llegarse a considerar que la obligación existe, la Corte Constitucional en Sentencia **T – 281 de 2020**, explicó el criterio de equidad, leyó el aparte pertinente, redistribuyendo las cargas para una solución justa cuando una persona, ante circunstancias como la analizada, no completa las semanas mínimas para pensión de vejez, **estableciendo como remedio una formula tripartita en aporte, 50% empleador y 25% para trabajador e igual porcentaje para el Estado**, debiendo el demandante concurrir con la cotización, por lo que pide revocar la sentencia y en el evento de mantenerse, acoger esta última fórmula.

Techint International Construction Corp Tecno, se reafirma en la vigencia de la ley en el tiempo con regulación propia del derecho del trabajo, art. 16 del C. S. del T., nunca en la retroactividad para situaciones ya definidas, por lo que condenar al consorcio a cancelar un título pensional vulnera la seguridad jurídica, ya que la relación laboral estaba fulminada para el momento en que entró en vigencia la

Ley 100 del 93, razón por la cual ésta se consolidó bajo otras normas, más aún si se tiene en cuenta que lo expresado en el literal **c** del párrafo primero del artículo 9º de la Ley 797 del 2003, que modificó el artículo 33 de Ley 100, que dispone que para efectos del cómputo de semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez se computa el tiempo de servicio a empleadores que 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 referida Ley 100, expresión que no fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Resalta que este último estatuto no tiene efectos retroactivos, por lo cual su aplicación a una situación anterior a su vigencia va en contra de la seguridad jurídica y de la confianza legítima, estando los jueces sometidos en sus providencias a la ley, la equidad, la jurisprudencia y que los principios generales del derecho son solamente fuente auxiliar de la actividad judicial. Pide absolución para esta sociedad e imponer condena en costas al actor.

De la oportunidad para presentar alegatos hizo uso el apoderado judicial de **Techint International Construction Corp Tecno**, remitiéndose a lo argumentado en el escrito de contestación, reafirmando además la vigencia de la Ley en el tiempo – Art. 16 C.S.T., retrospectividad y nunca retroactividad de la norma a situaciones jurídicas definidas. Agrega que desde la Ley 100 de 1993 arts. 115 a 118, el mandato de reconocer bono pensional se restringe a empresas obligadas a pagar pensión de jubilación – hoy vejez -, a trabajadores vinculados antes del 1º de abril de 1994, laborando el demandante en localidades sin cobertura del Seguro Social, por lo que pide revocar la decisión y absolver a las accionadas.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, ratifica los medios exceptivos propuestos, insistiendo en que no está a su cargo la acreditación de la afiliación del demandante al sistema pensional, quedando ello exclusivamente en cabeza de las codemandadas. En caso de generarse alguna obligación se debe dar cumplimiento a la Resolución 545 de marzo de 2020, considerándose también que se le reconoció al señor Cortés Sepúlveda devolución de saldos por valor de \$144.045.750,00.

En orden a decidir basten las siguientes,

Consideraciones

En atención a las inconformidades planteadas por los recurrentes, **el problema jurídico** se circunscribe a establecer si procede la ratificación, o en caso contrario, la revocatoria de la condena al pago de cálculo actuarial impuesta a las codemandadas **Conconcreto S.A. y Techint International Construction Corp Tecno**, como integrantes del **Consorcio Mendes Junior Techint ConConcreto**, a favor del demandante, por el tiempo que laborara para tal consorcio, esto es, entre el **13 de julio de 1983 y el 21 de enero de 1985**, definiendo inicialmente la validez de la certificación con fecha **18 de febrero de 1988**, expedida por el señor **Gustavo Villegas, Oficina Jurídica – Consorcio Mendes Junior Techint Conconcreto**.

De cara a este último aspecto se tiene que, **con el escrito de demanda se aportó la certificación en mención**, en escrito con membrete **CONSORCIO M T C**, en la que textualmente se expresa:

A solicitud de parte interesada nos permitimos hacer constar:

Que el señor CORTES SEPULVEDA JOHN JAIRO, ..., laboró para esta empresa durante el período comprendido entre el 13 de julio de mil novecientos ochenta y tres (1.983) y el veintiuno (21) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1.985) desempeñando el cargo de MECÁNICO DE MONTAJE.

Que su desvinculación del Consorcio obedeció a la terminación Contrato de trabajo por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

Para constancia se firma en Medellín a los diez y ocho (18) del mes de febrero de mil novecientos ochenta y ocho (1.988).

CONSORCIO MENDES JUNIOR TECHINT CON CONCRETO

Al emitir pronunciamiento frente a los hechos que fundamentan la acción la sociedad **Conconcreto S.A.**,

acepta que fue integrante minoritario del Consorcio Mendes Junior Techint Conconcreto, pero como bien lo indica la parte demandante, el señor Jhon Jairo Cortés Sepúlveda presuntamente trabajó para dicho consorcio, nunca para Constructora Conconcreto S.A., quien no lo contrató, no lo remuneró, no lo tuvo en su nómina, no le dio órdenes ni instrucciones, ni lo subordinó laboralmente, por lo cual no tiene conocimiento de la hipotética vinculación laboral que indica la demanda.

Y en acápite de pruebas, sobre los **documentos privados aportados por el demandante**, expuso:

En relación con los documentos privados de naturaleza declarativa emanados de terceros que aporten al proceso la parte demandante o los testigos que presente, solicito expresamente su ratificación por parte de quienes los hayan emitido o firmado, de acuerdo con lo establecido por el artículo 262 del Código General del Proceso, por lo cual me opongo a la presunción de autenticidad. Especialmente se solicita la ratificación del documento aportado como expedido por el CONSORCIO MENDES JUNIOR. TECHINT – CONCONCRETO, el 18 de febrero de 1988.

En la etapa del Decreto de pruebas el juez hizo alusión a la **ratificación de documentos provenientes de terceros**, frente a lo que no se manifestó ninguna oposición por el apoderado de **Conconcreto S.A., sociedad que está demostrado y además aceptó haber conformado el consorcio mencionado**, advirtiendo

que su participación fue minoritaria, **condición que le otorga frente a la certificación que cuestiona** la calidad de parte, **sin desconocer, ni tachar su contenido**, como legalmente corresponde según los arts. 262 y 269 del C. G. del P, preceptos que a la letra disponen:

Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación.

La parte a quien se atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a esta, y en los demás casos, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba.

Y en efecto, correctamente se planteó en el escrito de contestación **la ratificación de documentos provenientes de terceros y así fue mencionado por el juez en la etapa de decreto de pruebas**, manifestando el apoderado de **Conconcreto S.A.** conformidad con ello, y también hace el profesional la diferenciación al sustentar el recurso de apelación, bajo la tesis de **ser tercero, aún haciendo parte del Consorcio referido**, lo que no tiene cabida.

Adicional a lo anterior, en esta ocasión las sociedades impugnantes reproducen en su apelación argumentos ya analizados por la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL1320-2023:

Constructora Conconcreto, en su recurso **solicita que se revoquen las condenas que le fueron impuestas, debido a que: el certificado laboral no fue emitido por ella, ni ratificado en juicio**; no se probó que en realidad hizo parte del aludido consorcio; no fueron vinculadas las otras compañías, ni el consorcio; y especialmente, en aquella época, no era posible la afiliación al régimen de pensiones administrado por el ISS, máxime cuando no se cumplía la consagración del parágrafo 1 literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, esto fue, que el contrato estuviera

vigente al entrar en vigor la ley general de seguridad social o, se hubiese iniciado con posterioridad.

Frente a lo que se replicó:

Para resolver, se recuerda que, como lo dijo el *a quo*, al dar respuesta a la demanda esta sociedad negó todos los hechos, sin embargo, de sus respuestas se deriva que aceptó que integró el consorcio denominado «*Mendes Junior – Techint – Conconcreto*», pero se opuso a las pretensiones con soporte en que: «*se conformó para construir obras en el municipio de San Rafael, Antioquia, zona en la cual no existía obligación de realizar aporte para los riesgos de invalidez, vejez y muerte*», **en consecuencia, acertó el sentenciador cuando tuvo por probado que esta sociedad sí hizo parte del consorcio.**

Como se explicó en sede extraordinaria, con el certificado laboral obrante a folio 188, se encuentra debidamente probado que Jiménez Mejía **prestó sus servicios al aludido consorcio, sin que requiriera ratificación como lo alega el apelante, dado que al contestar la demanda no planteó objeción en contra de ese documento, en el que claramente consta que** «*Trabajó en este consorcio durante el periodo comprendido entre el 6 de julio de 1.984 y el 22 de abril de 1.986*».

De otra parte, que el trabajador no haya vinculado al consorcio, ni a las otras sociedades que lo integraron, no es impedimento para la condena impuesta, como en efecto lo analizó el sentenciador de primera instancia con soporte en las enseñanzas expuestas en fallo CSJ SL462-2021, en el que esta Corte recogió el criterio fijado en las sentencias CSJ SL, 11 feb. 2009, rad. 24426 y CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 35043, y bajo los nuevos postulados, adocrinó que los consorcios y las uniones temporales «pueden ser convocados para responder por las obligaciones laborales de sus trabajadores, como también de manera solidaria cada uno de sus integrantes», (Subraya la Sala), con lo que se distanció de la posición de antaño, que imponía un *litis* consorcio necesario.

...

Siendo así, si bien el consorcio no fue vinculado al presente juicio, su ausencia ni impedía la decisión condenatoria, por las siguientes razones: (i) Exigir su comparecencia, como lo reclama Constructora Conconcreto SA, constituye una obligación de imposible cumplimiento, toda vez, que dejó de existir de tiempo atrás; (ii) el fallo referido con radicado CSJ SL462-2021, adocrinó que aunque los consorcios «pueden ser convocados para responder por las obligaciones laborales», ello no implica que de no ser vinculados al debate, como en este evento, conduzca a la irremediable absolución de los miembros que lo integraron, pues de ser así, no tendría sentido la solidaridad explicada; (iii) de aceptarse la tesis del apelante, fácil sería burlar los derechos sociales de los trabajadores, implementando un sistema de contratación a través de consorcios que luego desaparezcan y así liberen a sus integrantes de la responsabilidad social y legal que les es

exigible; (iv) como lo iteró la sentencia inmediatamente recordada: «el Derecho del Trabajo es un derecho que capta las realidades», que impone en el sub examine, mantener la condena impuesta a Constructora Conconcreto SA, en su condición de miembro del consorcio, conservando su derecho a accionar contra los demás integrantes, para obtener, si así lo desea, el recobro pertinente.

Tampoco constituye impedimento para confirmar la condena, la falta de cobertura del ISS en el aludido territorio, pues como lo explicó el a quo, acudió a la doctrina de esta Corporación, entre otras las sentencias CSJ SL3633-2021 y 4296-2021, las que respaldan la argumentación de la que se valió.

De igual manera, no era requisito sine qua non, para disponer el pago del cálculo actuarial la vigencia del vínculo laboral al entrar a regir la Ley 100 de 1993, como lo explicó esta Corporación en sentencias CSJ SL885-2023 y 1579-2022. Negrillas fuera del texto.

Tesis que resulta aplicable al caso a estudio al estarse ante una situación análoga, y en aras de la garantía del derecho a la igualdad, por lo que se acogen en su integridad, luego no tienen prosperidad los reparos frente a tales aspectos, esto es, la falta de ratificación de la certificación que acredita el tiempo de servicio, la falta de cobertura del riesgo de vejez por parte de la entidad de seguridad social durante la vigencia del contrato, y la finalización de la vinculación con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 impuso a los empleadores la obligación de constituir una reserva actuarial para subrogar el riesgo de vejez en el sistema de seguridad social, precepto que ha servido de sustento para que la jurisprudencia especializada determine que, *el empleador debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía* (ver, entre otras, sentencia SL885-2023), por lo que permanece incólume el pronunciamiento de primer grado frente al particular.

Sobre el planteamiento del apoderado de **Conconcreto S.A.** en cuanto al porcentaje de participación con el que como empleador debe

concurrir en el pago del cálculo actuarial, y si este debe compartirse con el colaborador y con el Estado, con sustento en sentencias de la Corte Constitucional, este tema también fue definido por el órgano de cierre de esta especialidad, con pronunciamiento expreso en sentencia SL885 de 2023, así:

Respecto al anterior cuestionamiento, la Sala ha tenido la oportunidad de establecer a través de una línea jurisprudencial pacífica, que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier motivo, sea por omisión en la afiliación, por falta de afiliación por no ser llamado por el ISS o por no existir cobertura del extinto ISS, tiene a su cargo el pago total de las obligaciones pensionales frente a aquellos periodos, toda vez que en esos momentos estaban bajo su responsabilidad (CSJ SL1579-2022, CSJ SL1720-2022, CSJ SL4292-2022 y CSJ SL3506-2019).

De otro lado, el parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que es el empleador o la caja quien debe trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de estos dineros o al estado. Negrillas intencionales.

Y luego de transcribir apartes de la providencia CSJ SL4292-2022 que reiteró lo señalado en la CSJ SL1579-2022, que a la vez citó lo dicho en la SL673 de 2021:

El cálculo actuarial que debe trasladar el empleador representa parte del capital que se necesita para financiar la pensión del trabajador en el sistema general de pensiones, proporcional por supuesto al tiempo durante el cual recibió el servicio cuando tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. En consecuencia, si el tiempo trabajado fue menor al exigido para que la prestación quedara en su totalidad a cargo del empleador, lo razonable es que transfiera al pagador de la pensión el valor que corresponde en proporción al tiempo trabajado, sin estar obligado el trabajador a realizar aporte alguno para la financiación de la pensión, como no lo está quien es pensionado directamente por el empleador.

Si las pensiones cuyo reconocimiento y pago estaba a cargo de los empleadores fueron entendidas como una prestación que hacía parte de la retribución por el servicio prestado por el trabajador o se consideraban como un salario diferido, no se encuentra ninguna razón válida para que en la misma situación el trabajador asuma una obligación que estaba

exclusivamente a cargo del empleador, menos, aceptar que por ello se configura un enriquecimiento sin causa por parte del trabajador. No puede olvidarse que el cálculo actuarial no es una dádiva del empleador, sino fruto de la prestación de servicios al empleador.

Finalmente, reitera la Sala en esta oportunidad, que de conformidad con el párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social, está exclusivamente a su cargo sin que se haya dispuesto contribuir alguna para el trabajador, como se precisó en sentencia CSJ SL 2584-2020:

La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Concluyó:

En este orden de ideas, conforme al derrotero jurisprudencial señalado, en estos eventos el cálculo incluye todo el período laborado por el empleado porque mientras el ISS no subrogara al empleador en sus obligaciones, este tenía la responsabilidad total respecto al riesgo pensional del trabajador, por consiguiente, el cargo no prospera.

Las negrillas en los textos son destacados intencionales.

Acogiéndose por esta Sala de Decisión el precedente especializado, se mantendrá la orden de pago de cálculo actuarial a cargo de las sociedades impugnantes, de manera solidaria y por los aportes que corresponden al lapso comprendido entre el el **13 de julio de 1983 y el 21 de enero de 1985, en un 100%**, el que será liquidado por **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia**, y se **pagará por las obligadas dentro de los 30 días siguientes a su notificación.**

Finalmente, se debe definir **el efecto práctico que en el derecho a**

la seguridad social del reclamante tendrán los aportes a validados mediante el cálculo actuarial ordenado, equivalente a 78,44 semanas, esto teniendo en cuenta que nació el **04 de julio de 1958**, arribando a 62 años en igual calenda del año 2020, aprobándosele por la **AFP** devolución de saldos, mediante comunicación del 17 de octubre de 2020, por no tener en la cuenta de ahorro individual el capital suficiente para financiar la pensión ordinaria de vejez (art. 64 Ley 100 de 1993), y tampoco superar las 1.150 semanas, **al contabilizar 1.130**, no superando entonces los requisitos para la garantía mínima (art. 65 Ley 100 de 1993), liquidándosele un valor de **\$144.045.750**, por la prestación subsidiaria, y dándole a conocer las alternativas con que contaba, entre ellas, seguir cotizando hasta alcanzar el capital necesario; **verificar la existencia de semanas cotizadas adicionales;** pensión familiar o acceso al sistema BEPS, efectuándose el pago el **03 de noviembre de 2021, en cuantía de \$147.455.288,oo.**

Y si bien es cierto en la demanda se pidió **el reajuste de la devolución de saldos, y esto fue ratificado por el apoderado en la audiencia del artículo 77 del C. P. T. y de la S.S.,** advirtiéndose por el juez al momento de dictar sentencia que en las condiciones ya descritas quedarían satisfechas las exigencias para la **garantía de pensión mínima**, pero considerando procedente otorgar lo pedido, sin que se manifestara ninguna inconformidad por el afiliado, **también lo es que a voces del artículo 48 Superior el derecho a la pensión es irrenunciable**, situación que faculta a esta instancia para efectuar el correspondiente análisis del tema, en aplicación de lo previsto en el artículo 66A del estatuto adjetivo especial, según el cual:

La sentencia de segunda instancia, ... deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.

En concordancia con la sentencia C-968 de 2003, que en su parte resolutive dispuso:

*Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones "la sentencia de segunda instancia" ... "deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación" del artículo 35 de la Ley 712 de 2002, **en el entendido que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador.** Resalto intencional.*

Sin que con ello se vulnere el derecho de contradicción y defensa de Colfondos S.A., pues tuvo la oportunidad de controvertir la actuación tendiente a la validación de semanas reclamadas. Agregándose que,

*... no puede desconocerse que el sistema general de pensiones tiene por objetivo amparar las contingencias de invalidez, vejez y muerte a través de prestaciones periódicas y vitalicias y que **la devolución de saldos es una prestación subsidiaria o sucedánea a las pensiones. Así, respecto al amparo integral que brindan estas últimas, otros beneficios económicos que, si bien pretenden mitigar las carencias que genera la ocurrencia de tales riesgos, siempre deben considerarse supletorios, subsidiarios o alternativos.***

*Sin duda alguna, **las pensiones son la máxima expresión de la protección de la seguridad social, en tanto su carácter periódico y vitalicio aseguran a las personas afiliadas y beneficiarias una calidad de vida digna y los medios mínimos que permitan sobrellevar las dificultades que pueden acarrear tales contingencias existenciales,** lo cual desarrolla el objetivo primordial del sistema -artículo 1.º de la Ley 100 de 1993. Ver sentencia SL1142-2021*

Resultando también aplicables al caso los argumentos de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Laboral, para ordenar el reconocimiento de pensión de vejez a quien ha recibido indemnización sustitutiva por tal riesgo, siempre y cuando **se tengan cumplidos los requisitos para tal prestación antes del otorgamiento de la subsidiaria.**

Razón por la que, **una vez sea pagado el cálculo actuarial ordenado**, se procederá por la **AFP Colfondos S.A. a verificar y consolidar el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante, con el fin de establecer si con él se financia una mesada ordinaria, y en caso contrario, efectuará el trámite para el otorgamiento de la garantía de pensión mínima**, la que se hará efectiva, **una vez agotado el saldo de la cuenta de ahorro individual**, sin que se pueda argumentar que no existe valor alguno en esta, quedando autorizada la referida sociedad para, **en consenso con el señor Cortés Sepúlveda**, tomar las medidas que considere del caso para obtener la restitución de lo pagado por devolución de saldos, otorgando la prestación pensional por vejez ordinaria o en subsidio la garantía mínima, desde la calenda de su causación, que lo fue al momento de arribo a la edad de **62 años, 04 de julio de 2020**, se **revoca** la providencia en este punto.

Las costas en esta instancia corren a cargo de las sociedades recurrentes, a quienes se desata adversamente el recurso. Por agencias en derecho para cada una y a favor del demandante, se fija la suma de **\$1.160.000,oo**.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **adiciona y revoca la sentencia** proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Jhon Jairo Cortés Sepúlveda** contra las sociedades **ICA de México y Consorcio Mendes Junior Techint Conconcreto** (integrado por **Construcciones Conconcreto S.A.**, Méndez Junior S.A.S. y **Techint International Consruction Corp Tecno**) y

Colfondos S.A., para ordenar a **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** que, dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **proceda a liquidar el cálculo actuarial ordenado por el fallador de primer grado**, y en el mismo término notifique el valor a pagar a las sociedades **Conconcreto S.A. y Techint International Construction Corp Tecno**, quienes procederán a su cancelación **dentro de los 30 días siguientes**.

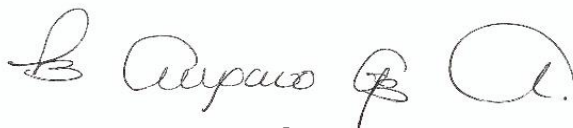
Revoca la providencia revisada para ordenar que, **una vez recibidos tales dineros, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, reestablezca el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante y verifique si el mismo es suficiente para financiar una pensión ordinaria por vejez en el RAIS, de obtenerse respuesta negativa, **se procederá al reconocimiento de garantía de pensión mínima**, con cargo inicial al saldo de la cuenta de ahorro individual, sin que se pueda argumentar que no existe valor alguno en esta, quedando autorizada la referida sociedad para que, **en consenso con el señor Cortés Sepúlveda**, tome las medidas que considere del caso para obtener la restitución de lo pagado por devolución de saldos, otorgando la prestación pensional por vejez ordinaria, o en subsidio la garantía mínima, desde la calenda de su causación, que lo fue al momento de arribo a la edad de **62 años, 04 de julio de 2020**.

En lo demás confirma.

Las costas en esta instancia corren a cargo de las sociedades recurrentes, a quienes se desata adversamente el recurso. Por agencias en derecho para cada una y a favor del demandante, se fija la suma de **\$1.160.000,00**.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria 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.

Las magistradas (firmas escaneadas)



LUZ AMPARO GÓMEZ ARITIZABAL



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE