



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-017-2020-00244-01
Demandante:	Francisco Antonio Rúa García
Demandado:	Mineros S.A. y Colpensiones
Asunto:	Apelación y consulta
Procedencia:	Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín
Ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Calculo actuarial y reliquidación pensión

Medellín, julio veintitrés (23) de dos mil veintiuno (2021)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS JORGE RUIZ BOTERO, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, a decidir los recursos de apelación interpuesto por las apoderadas de la parte demandante y Mineros SA, así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, el 13 de mayo de 2021, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor FRANCISCO ANTONIO RUA GARCIA en contra de MINEROS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Radicado 05001-31-05-017-2020-00244-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor FRANCISCO ANTONIO RUA GARCIA, llamó a juicio a la sociedad MINEROS S.A. y COLPENSIONES, pretendiendo se declare que, entre la sociedad demandada MINEROS S.A. y el demandante se celebró un contrato laboral con vigencia del 16 de enero de 1991 hasta el 01 de junio de 2017; se declare que Mineros SA, debe responder y pagar a Colpensiones, el valor de los aportes que en su momento no pagó al ISS, por el periodo comprendido entre el 16 enero de 1991 y mayo de 1994 a favor del demandante; se condene a MINEROS S.A. a pagar a Colpensiones el cálculo actuarial por el tiempo laborado por el demandante, correspondiente a los aportes pensionales no pagados y a incluir la totalidad de semanas en la historia laboral del demandante, procediendo a reliquidar la pensión de vejez, teniendo en cuenta la totalidad de semanas efectivamente laboradas y pagar el retroactivo correspondiente al mayor valor de la pensión de vejez, desde el momento en que tuvo derecho el demandante a la prestación hasta que el pago se haga efectivo, con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y la indexación.

Como sustento de tales pedimentos, se indicó, en síntesis, que el señor Francisco Antonio Rúa García, nació el 24 de noviembre de 1954, que laboró para Mineros S.A., desde el 16 de enero de 1994 hasta el 1 de junio de 2017 ininterrumpidamente, afirma que, en el periodo del 16 de enero de 1991 y mayo de 1994, la sociedad empleadora no hizo aportes en pensión ante Colpensiones; que el demandante en enero del 2017 radicó solicitud de pensión de vejez, siendo reconocida mediante resolución GNR 391 del 02 de enero del 2017, sin tener en cuenta las semanas comprendidas entre el 16 de enero de 1991 y mayo de 1994. Se asegura que el demandante, tiene derecho a que se le reconozca la pensión con una tasa de reemplazo del 75.8% y no del 71.29% al tener 1730 semanas y que el 20 de febrero de 2020, radicó solicitud ante Colpensiones en tal sentido sin que entidad diera respuesta de fondo.

1.2.- CONTESTACIÓN

Al responder la demanda, MINEROS S.A, admite como ciertas la fecha de nacimiento del demandante y la fecha de vinculación con dicha sociedad, afirmando que los aportes a la seguridad social no se efectuaron para el entonces ISS, porque la empresa se encontraba en imposibilidad fáctica y jurídica de cumplir con las obligaciones patronales de afiliar y pagar las cotizaciones al sistema pensional de sus trabajadores, teniendo en cuenta que el ISS, había negado dicha posibilidad a empresas ubicadas en regiones por fuera de su cobertura, decisión que fue plasmada en la Circular Nro. 012 del 26 de diciembre de 1990, donde la entidad pública manifestó que todos los patronos inscritos en el ISS desde 01 de diciembre de 1983, como Mineros SA, no podrían afiliar nuevos trabajadores, con fundamento en el Decreto 3063 de diciembre de 1989. Informa que, por lo tanto, al rechazar el ISS la afiliación del ex trabajador de la empresa, no fue posible realizar los respectivos aportes y tampoco fue posible hacer los descuentos al empleado por el concepto de aportes al sistema pensional durante el lapso pretendido.

En oposición a las pretensiones, presentó las excepciones de hecho de un tercero; inexistencia de la obligación; cumplimiento de un deber legal y de un acto administrativo; prescripción y descuento por pago de aportes de un afiliado.

Llamamiento en Garantía

Aparte presentó escrito en el cual solicita se llame en garantía a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, aduciendo que el 18 de marzo de 1983, el ISS emitió la Resolución 1002, en el cual se permitió a los empleadores de regiones a las que no había llegado la cobertura, inscribirse y afiliar a los trabajadores en el riesgo que quisieran, que Mineros de Antioquia S.A, (hoy Mineros S.A), aceptó el llamado, obteniendo el número patronal para su establecimiento en el Bagre-Antioquia, inscribiéndose el 1 de enero de 1983, al tener su número patronal,

tenía la obligación de afiliar a todos los trabajadores y realizar los pagos respectivos, no obstante, para el año 1991, no pudo realizar más afiliaciones, ya que el ISS hoy Colpensiones, mediante la Circular 012 del 26 de diciembre de 1990, negó la posibilidad a las empresas por fuera de cobertura, de seguir realizando afiliaciones de nuevos trabajadores, basándose en el decreto 3063 de 1989.

Expone que toda vez que la afiliación fue rechazada por el extinto ISS y considera que en virtud de la obligación legal del entonces ISS, de recibir las cotizaciones de los ex trabajadores de Mineros S.A, es Colpensiones la llamada a asumir las consecuencias de sus decisiones administrativas, asimiento la eventual condena que se atribuya a Mineros S.A., por el concepto de aportes pensionales entre los años 1991 y 1994.

Por su parte **COLPENSIONES**, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones y, frente a los hechos, manifestó que es cierta la edad del demandante pero no le constan los demás hechos, al tratarse de situaciones que corresponden a un tercero, ajeno al fondo.

En oposición a las pretensiones, presentó como excepciones falta de legitimación en la causa; inexistencia de la obligación de reconocer y pagar intereses de mora o indexación; improcedencia de la indexación de las condenas; prescripción; buena fe de Colpensiones; compensación; la genérica e imposibilidad de condena en costas.

Frente al llamamiento en garantía Colpensiones indicó que como entidad del Estado, debe garantizar el pago de las prestaciones pensionales de quienes se hayan afiliado al sistema, para el presente caso, la entidad actúa bajo la normatividad legal vigente para el tiempo que se menciona, en cumplimiento del Decreto 3063 de diciembre de 1989, el cual no permitió la afiliación de quienes laboraban fuera de la cobertura, siendo una decisión notificada a MINEROS S.A. por parte de la entidad, a quien se le devolvió las solicitudes de afiliación que había diligenciado la empresa con motivo al ingreso de los nuevos empleados

desde enero de 1991, siendo una decisión ratificada mediante carta 02331800704 del 18 de junio de 1991 y el Consejo de Estado mediante Providencia del 4 de febrero de 1993, expediente 7443, confirmó la decisión del ISS.

A su vez presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de la obligación; prescripción; buena fe de Colpensiones; compensación; la genérica e imposibilidad de condena en costas.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El Juzgado de Conocimiento, puso fin al litigio en primera instancia mediante fallo proferido el 13 de mayo de 2021, por medio del cual condenó a Mineros S.A., para que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, procediera a efectuar el pago del cálculo actuarial a favor del demandante con destino a Colpensiones, por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1991 y 22 de mayo de 1994, con base a un salario mínimo legal vigente para cada anualidad; igualmente, ordenó a Colpensiones para que, en el término de 15 días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, efectuara la liquidación del título actuarial por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1991 y el 22 de mayo de 1994; condenó a Colpensiones a que, una vez reciba el valor correspondiente del cálculo actuarial, dentro de los 30 días siguientes, proceda a reliquidar la prestación de vejez del demandante y del valor reconocido correspondiente al retroactivo pensional, autorizó los descuentos de salud a que haya lugar, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante, la indexación del retroactivo pensional reconocido a partir del día siguiente de recibir los recursos por parte de MINEROS S.A. y hasta el momento del pago de la obligación; dispuso absolver a Colpensiones de las pretensiones incoadas en el llamamiento de garantía, y por último condenó en costas a Mineros S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Demandante

Interpone recurso de apelación en forma parcial, solicitando se revoque el acápite correspondiente a la abstención de la condena en costas a Colpensiones y lo concerniente a la absolución por los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que es un reconocimiento resarcitorio y no son propiamente una sanción, se establecen para proteger al pensionado, indica que la Corte Suprema de justicia en posición reciente, señaló que también se reconocen los intereses moratorios en las reliquidaciones, tal y como lo establece la sentencia SL 3130 del 2020, cuyo magistrado ponente fue el doctor Jorge Luis Quiroz Alemán.

En cuanto a la decisión de no imponer costas a Colpensiones, indica que legislador ha acogido un criterio objetivo, en el cual las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio y el Código General del Proceso en el numeral 1° del artículo 365 estipula que se imponen sin consideración a su intención, a su razonabilidad o a la discusión en el conflicto o en el litigio, sino simplemente por el hecho de haber sido vencido en juicio y Colpensiones responde la demanda se opuso activamente a la misma y además fue condenada a reconocer, una vez reciba el cálculo actuarial por parte de MINEROS S.A., la reliquidación de la pensión del actor.

Mineros S.A.

Interpone recurso de apelación, argumento que la sociedad cumplió con la ley, nunca fue negligente con sus obligaciones y por eso la pretensión del accionante, no obedece a una actuación negligente de la sociedad, sino a una actuación negligente del fondo pensional y por eso esa actuación no debe ser imputable a Mineros SA., reitera que para ese momento no había cobertura del ISS y por eso rechazaron la afiliación del señor Rúa, por ende no había forma de cumplir con esa obligación por la falta de cobertura, pero no en razón de omisión alguna de Mineros SA. Asegura que en este caso es Colpensiones la llamada a asumir dicho rubro en su totalidad o en defecto también el trabajador, quienes deben concurrir al pago de la obligación.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunció la parte demandante y Mineros SA. La apoderada de la parte pretensora, solicita que los numerales, primero, segundo, tercero y cuarto, de la sentencia sean confirmados, reiterando los argumentos que sustentan la apelación en torno a la procedencia de la condena a los intereses moratorios y la condena en costas en contra de Colpensiones.

La parte demandada, Mineros SA, presenta los alegatos solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto que se le condenó a pagar un cálculo actuarial por el tiempo comprendido entre el 16 de enero de 1991 y el 22 de mayo de 1994, retomando, los argumentos del recurso de apelación y reiterando que la falta de afiliación no se debió a una omisión o negligencia, sino al cumplimiento de un acto administrativo que le impidió cumplir con su obligación de hacer los aportes pensionales a favor de su ex trabajador y por ende si el ISS no aceptó asumir el riesgo de vejez del señor Francisco Rúa en ese lapso, debe asumir las consecuencias de sus actuaciones administrativas y proceder con el reconocimiento y pago de los aportes solicitados por el demandante.

Solicita que, de no accederse a la revocatoria del fallo se dé aplicación a las reglas que reiteró la Corte Constitucional en la Sentencia T 821 de 2020 y T435 de 2014, donde se le haga partícipe al ex trabajador del valor del título pensional en una proporción del 25% y a Colpensiones en la misma proporción, pues no puede cobrarse al empleador la totalidad de lo debido cuando no medió culpa alguna de éste.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos 5 que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

De igual forma procede la consulta, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone *“También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante”*.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA

Quedaron acreditados en el trámite del proceso y no son objeto de controversia los siguientes hechos:

- Que el señor Francisco Antonio Rúa García, nació el 24 de noviembre de 1954 y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía, obrante a folio 42 del expediente digital.
- Que el demandante laboró desde el 16 de enero de 1991 hasta el 01 de junio del 2017, ininterrumpidamente para Mineros S.A., última fecha en la cual le fue reconocida la pensión de vejez, por parte de Colpensiones, conforme a la Resolución GNR 391 del 2017, obrante a folio 43 a 48 del expediente
- Tampoco se discute, que el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1991 y 22 de mayo de 1994, al demandante no le fueron realizados los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

- Que el montó del salario base para liquidar el cálculo actuarial, del periodo discutido, corresponde al mínimo legal, ya que, por consenso realizado entre la apoderada de la parte demandante y la apoderada de la sociedad demandada, se determinó que ante la ausencia de información de los ingresos del demandante en el periodo 16 de enero de 1991 al 22 de mayo de 1994, se realizaría el cálculo actuarial, con base a los salarios mínimos de cada año.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe la Sala determinar

¿Si es procedente revocar la sentencia proferida por la Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, para en su lugar, absolver a MINEROS S.A. de la condena del pago del título pensional previo cálculo actuarial en favor del señor Francisco Antonio Rúa García, por el periodo laborado entre el 16 de enero de 1991 y el 22 de mayo de 1994, con base al salario mínimo legal para la época?

¿Si Colpensiones debe asumir el pago del citado cálculo actuarial, en razón a la negativa de afiliar y recibir el pago de las cotizaciones en el período reclamado por el demandante?

¿Si tiene derecho el demandante, a que sea reliquidada la pensión de vejez, por parte de Colpensiones, teniendo en cuenta el cálculo actuarial correspondiente al periodo 16 de enero de 1991 al 22 de mayo de 1994?

¿Si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, correspondiente a la diferencia mayor del valor de la pensión, más los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y la indexación de los valores condenados?

2.4.- TESIS

Problema jurídico que se resuelven bajo la tesis según la cual Mineros S.A., está obligada al pago del referido título pensional por el tiempo en el cual se omitió la afiliación y una vez cancelado el mismo a Colpensiones, es procedente la reliquidación de la pensión de vejez del demandante, sin que se causen intereses, por lo tanto, la sentencia debe ser CONFIRMADA, como se explica:

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

Subrogación del riesgo

La ley 90 de 1946, por medio de la cual se crea el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, reglamentó la subrogación del riesgo por parte del sistema, en favor de los empleadores, a través de los artículos 72 y 76, en los siguientes términos y condiciones:

Artículo 72. Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores.

Artículo 76. El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.

El sistema de seguro social creado con la precitada ley, entra en vigencia en Colombia el 01 de enero de 1967 a través del decreto 3041 de 1966, que aprueba el acuerdo 244 del mismo año, norma que estableció en el artículo 62, la

subrogación definitiva de las obligaciones de los empleadores en los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

ARTICULO 62. Las prestaciones de los seguros de invalidez, vejez y muerte dispuestas en este reglamento, sustituirán de derecho las obligaciones patronales que para tales riesgos establece el Código Sustantivo del Trabajo, con las excepciones contempladas en los artículos anteriores en relación con el riesgo de vejez.

Las excepciones previstas tratándose de la pensión de vejez, corresponden a los artículo 59, 60, y 61 del decreto 3041 de 1966, que en su orden regulan que la obligación continúa a cargo del empleador el reconocimiento de la pensión de vejez, para trabajadores que llevaran 20 años o más de servicios, los cuales no serán afiliados al ISS y la afiliación de trabajadores que lleven más de 15 o 10 años de servicios, a quienes les será reconocida la pensión por el empleador una vez cumplidos los requisitos, pero se continuara cotizando al sistema hasta la subrogación del riesgo.

No obstante, el Sistema de Seguro Social solo entró en vigencia de manera gradual a partir del 01 de enero de 1967, no alcanzado la cobertura en la totalidad del territorio nacional sino hasta el 01 de abril de 1994 bajo la ley 100 de 1993, es así como, por razones geográficas, logísticas, financieras y de orden público, en un número significativo de Municipios del Departamento de Antioquia no hubo llamado a inscripción al sistema para los empleadores, punto que no se controvierte en este proceso.

El nuevo sistema General de Pensiones, Ley 100 de 1993, en el artículo 33 determinó la procedencia de la inclusión del tiempo anterior no cotizado para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez en los siguientes términos:

“PARAGRAFO. 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta:

...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.*

...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.” (Subrayado fuera de texto).

A su vez el literal h) del artículo 60 de la ley 100 de 1993, para el Régimen de Ahorro individual con solidaridad, prescribe:

b. Tendrán derecho al reconocimiento de bonos pensionales los afiliados al Régimen que hayan efectuado aportes o cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, o a las cajas, fondos o entidades del sector público, o prestado servicios como servidores públicos, o trabajado en empresas que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores y trasladen la parte proporcional del cálculo actuarial correspondiente; (subraya de la Sala)

Igualmente, el artículo 5 del decreto 813 de 1994, que reglamenta el artículo 36 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 del Decreto 1160 de 1994, dispuso:

“Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a) *...El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 1o de abril de 1994, o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la Junta Directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo se sujetará al reglamento respectivo.*

En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuará con la totalidad de la pensión a su cargo”

De manera que, el legislador adoptó como regla general el reconocimiento del tiempo laborado sin cotización efectiva para el reconocimiento de las prestaciones a cargo del sistema de seguridad social pensional, bien porque el empleador tenía a su cargo el reconocimiento de la pensión o por la omisión en la afiliación.

Ahora, frente a la hipótesis de no afiliación por la ausencia de cobertura del sistema en los riesgos IVM en los municipios en los cuales se prestó el servicio, la Corte Suprema de Justicia, en una fase inicial de su jurisprudencia sobre el tema, determinó la improcedencia de imponer esta obligación por no existir responsabilidad de los empleadores en la no afiliación de sus trabajadores, durante la época en que el Instituto de Seguros Sociales no había asumido la cobertura de los riesgos de IVM, sentencias SL 28479 de 4 de junio de 2008, SL20180 del 29 de julio de 2008, y SL32942 del 1º de julio de 2009, entre otras

No obstante, con posterioridad la Corporación recoge este criterio en sentencia SL, 32922 del 22 de julio de 2009, reiterado en la sentencia SL, 35692 del 24 de enero de 2012, considerando que, en virtud del principio de igualdad de los trabajadores, debía habilitarse el tiempo no cotizado por ausencia de cobertura, a través de un título pensional.

Y en las sentencias SL9856-2014, SL 17300 de 2014, SL2731 (37022) de 11 de marzo de 2015, SL16086 del 20 de octubre de 2015, , SL2138 de febrero 24 de 2016 (57129), SL3892 (45209) del 02 de marzo de 2016, SL4103(49638) del 22 de marzo de 2017, SL 738 (33330) del 14 de marzo de 2018 y SL3224(77339) del 09 de agosto de 2018, se consolida el criterio de procedencia del reconocimiento del título pensional, que como lo concluyó la juez de instancia hoy es indiscutido.

La sentencia CSJ SL 17300 de 2014, la Corte compendia los principales argumentos que apoyan esta línea de pensamiento:

“A juicio de la Sala, la obligación de pagar el cálculo actuarial por el período laborado antes de que se suscitara la obligación de afiliar al trabajador al sistema general de pensiones, no surge como la imposición de una sanción por un incumplimiento que no se ha presentado, sino en virtud de la aplicación de principios y valores superiores y de la interpretación en un contexto histórico de las reglas de derecho que han regulado la materia a través del tiempo, como se explica enseguida:

(...) Lo anterior para destacar que aunque el punto no ha sido pacífico, hoy con la nueva conformación de la Sala, no se somete a duda que la dificultad logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, que impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones del país, sino que, en la medida de su viabilidad, la cobertura se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. No se olvide que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Sin embargo, a juicio de esta Corte el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no traduce, como lo afirma la empresa, en la total ausencia de responsabilidades ni obligaciones por los períodos efectivamente trabajados por el empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la exegesis del 1613 del Código Civil, porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustre ese mismo derecho.

El patrono, por tanto, 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.

Por demás, la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede tener tan drástica repercusión frente a derechos sociales y, si bien podría oponerse la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador, principios y valores de orden superior deben prevalecer en casos como el presente.

En esta misma perspectiva, en sentencia SL1292 del 23 de marzo de la presente anualidad, se indicó:

“Eso se dijo en pronunciamientos recientes (CSJ SL1358-2018 y CSJ SL2791-2020) que reiteran lo ya explicado por la Corte, así:

[...] en cuanto aquella vieja posición doctrinaria en la que el sentenciador de alzada soportó su proveído, y en que se aseguraba una total y completa ausencia de responsabilidad del empleador respecto del no pago de aportes al sistema general de pensiones por la falta de cobertura del ISS, ya fue recogida por esta misma Corporación, a partir de las sentencias CSJ SL9586-2014 y CSJ SL17300-2014, las cuales han sido reiteradas en decisiones posteriores, en donde se tiene precisado que esos lapsos de no afiliación por parte del empleador al sistema de seguridad social en pensiones, así no hubiese incurrido de este por virtud de la falta de cobertura en su inscripción, debían estar a su cargo por mantenerse en cabeza del empleador el riesgo pensional, para lo cual pueden consultarse, entre otras, las sentencias CSJ SL14388 - 2015 -CSJ SL2138 - 2016 – CSJ SL18398 - 2017 – CSJ SL361 – 2018 – CSJ SL287 – 2018.

Precisamente, en proveído más reciente, la Corte rememorando la primera de las providencias relacionadas en torno al tema que es objeto de estudio, precisó:

“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”. (Las negrillas no son del texto) (CSJ SL068-2018)”

Por su parte, la Corte Constitucional ha defendido el reconocimiento del título pensional por parte de los empleadores que tuvieron a su cargo el reconocimiento de la pensión, por extremos anteriores a la vigencia de la ley 100 de 1993 y si bien en la sentencia C506 de 2001 declaró exequible la expresión, *“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) del artículo 33 de la ley 100 de 1993, en sede de tutela ha sostenido la tesis según la cual debe inaplicarse este requisito por resultar contrario al núcleo esencial del derecho a la seguridad social que ampara a todos los trabajadores, aun cuando la relación laboral no se encontrara activa a la vigencia de la ley 100 de 1993, y para los casos, como el aquí analizado, donde la omisión deriva de la ausencia de cobertura del sistema, véase sentencias T 784 de 2010, T 712 de 2011, T770 de 2013, T410 de 2014 (*contra la entidad hoy accionada*).

En la sentencia T665 de 2015, se explica:

“Lo anterior, puesto que de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, el condicionamiento establecido en el literal c del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, mediante el cual se exige la vigencia del contrato de trabajo al momento de entrada en vigor de la señala ley, vulnera el derecho fundamental a la seguridad social y la protección de los derechos adquiridos, toda vez que parte de los mismo es la posibilidad de computar los tiempos trabajados para diferentes empleadores y en diferentes momentos.

Así que, si bien antes de la entrada en vigor del literal c, parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 no existía el instrumento de acumulación de tiempos de servicio frente a empleadores particulares que tuvieran a su cargo el reconocimiento de una pensión, la legislación sí consagraba la obligación de aprovisionamiento financiero a cargo de estos empleadores para efecto de trasladar al seguro social en el momento de llamamiento a afiliación obligatoria los aportes correspondientes al tiempo servido por el trabajador.”

3.- CASO CONCRETO

Se establece en el presente caso que, el señor Francisco Antonio Rúa García, comenzó su relación laboral con Mineros SA, el 16 de enero de 1991 hasta el 01

de enero del 2017, cuando le fuera reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones, mediante la Resolución GNR 391 del 02 de enero del 2017, (obrante a folios 210 a 214 del expediente), prestando sus servicios en el municipio del Bagre- Antioquia, estableciéndose que para el 16 de enero de 1991, aún no existía cobertura nacional por parte del sistema de seguridad social pensional, ni en los 125 municipios del departamento de Antioquia, toda vez que la incorporación del ISS en los municipios se dio de manera gradual y paulatina.

En esta dirección le asiste razón al apoderado de Mineros S.A. en cuanto a que la empresa formuló una serie de solicitudes al extinto ISS, buscando que le recibieran las afiliaciones de los empleados que se encontraban en el Municipio del Bagre, (véase folios 501 a 510), lo que siempre tuvo respuestas negativas, en razón a que la entidad argumentó que para la seccional del ISS Antioquia, era imposible recibir nuevas afiliaciones de conformidad con el Acuerdo 3063 de 1989, la Circular 410 de 1990 y que según los artículos 27 y 28, del Acuerdo 3063 de 1989, que regulaba las inscripciones de los trabajadores al régimen del ISS y en particular el artículo 1°, solo existe obligación de registro patronal para las empresas, cuando en el lugar donde tengan asiento sus negocios, se efectuara llamado a inscripción.

No obstante, según los lineamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, contenidos en sentencias como la SL 5790 de 2014, SL 4072 de 2017, SL 14215 de 2017, SL 287 de 2018, y SL 1292 DE 2021, atrás citada, el empleador debe asumir el pago del título pensional del tiempo faltante de las cotizaciones de sus trabajadores al sistema de seguridad social así no hubiese culpa de este por virtud de la falta de cobertura en su inscripción, por mantenerse en cabeza del empleador el riesgo pensional.

De manera que la obligación de reconocer el cálculo actuarial no puede ser interpretada como una sanción, como lo hace el apoderado recurrente, sino como la obligación que tiene la citada sociedad de trasladar las reservas de

aprovisionamiento que todo empleador debe asumir mientras el riesgo no haya sido subrogado por el sistema, por distintas causas, entre ellas la falta de cobertura, última que no puede desconocer los derechos pensionales que nacen para el operario con la prestación del servicio.

De otra parte, no puede atenderse el argumento del apoderado en el sentido de que es Colpensiones quien debe asumir el título pensional por su negativa a la afiliación del promotor del proceso, teniendo en cuenta que Colpensiones no fue quien recibió la prestación del servicio del trabajador, y por ende no puede recibir el tratamiento de empleador, ahora la ausencia de cobertura del sistema para los años 1991 y 1994, obedece a situaciones de tipo normativo, estructural, presupuestal y logístico, que no pueden generar responsabilidad para Colpensiones.

Respecto a la concurrencia del trabajador en el pago del título pensional, planteada en los alegatos de Mineros S.A., basta anotar que el punto no puede ser estudiado porque no fue objeto de apelación, en virtud del principio de consonancia.

Ahora bien con respecto a los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, tópico de disenso de la apoderada de la parte demandante, se encuentra que los mismos resultan improcedentes, pues si bien, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3130 del 19 de agosto del 2020, expediente 66868, admitió su procedencia respecto al reajuste pensional, en este caso en ninguna mora pudo incurrir Colpensiones teniendo en cuenta que no podía reconocer el derecho en sede administrativa, el cual surge solo en virtud del reconocimiento judicial del cálculo actuarial a cargo del empleador.

Finalmente, se observa en la historia laboral allegada por Colpensiones, obrante a folios 171 a 183 del expediente, que Mineros SA, comenzó a cancelar las cotizaciones del demandante el 23 de junio de 1994, debiendo modificarse el fallo en sede de consulta, en cuanto a que el periodo no cotizado corresponde al comprendido entre el 16 de enero de 1991 y el 22 de junio de 1994.

Así las cosas, considera la Sala, que lo dispuesto por la Juez de Primera Instancia, es acertado, por lo que CONFIRMARA el fallo recurrido y consultado, MODIFICANDO el numeral primero y segundo del fallo, en el sentido que el periodo a liquidar es del 16 de enero de 1991 y el 22 de junio de 1994, y no al 22 de mayo de 1994, como quedo allí estipulado.

Las costas en esta instancia estarán a cargo de la demandada Mineros SA.

4.- DECISION

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se **MODIFICA** los numerales primero y segundo de la sentencia objeto de apelación proferida el 13 de mayo de 2021, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **FRANCISCO ANTONIO RUA GARCIA** en contra de **MINEROS S.A.** y **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, en el sentido que la fecha final del período por el cual debe pagarse el título pensional corresponde al 22 junio de 1994 y no el 22 de mayo de 1994.

2.- **CONFIRMA** la sentencia en los demás numerales

3.- **COSTAS** en esta instancia estarán a cargo de la demandada Mineros SA, y a favor parte demandante, fijando agencias en derecho en la suma de NOVECIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS VEINTISÉIS PESOS (\$908.526)

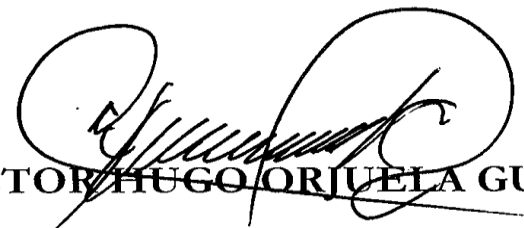
4.- Se ordena la devolución del expediente digital con las actuaciones cumplidas en primera instancia, al Juzgado de origen

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE


CARLOS JORGE RUIZ BOTERO


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO