

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	María Fanny Flórez Cardona
DEMANDADO	PAR ISS vocera y adtradora. FIDUAGRARIA S.A.
PROCEDENCIA	Juzgado 21 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 021 2019 00321 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 061 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Reliquidación de liquidación definitiva de prestaciones sociales con descongelamiento de cesantías e intereses a las cesantías – pago de aportes a pensión por el tiempo en que se laboró como supernumeraria
DECISIÓN	Confirma sentencia

En la fecha, **veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento en relación al recurso de apelación interpuesto por los apoderados del PAR ISS cuya vocera y administradora es FIDUAGRARIA S.A. y la demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **María Fanny Flórez Cardona**. Radicado único nacional 05001 3105 **021 2019 00321** 01.

La Magistrada ponente en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con los Acuerdos del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto, estudiado,

discutido y aprobado en sala virtual, mediante acta N° **010**, que se adopta como decisión y se plasma a continuación:

Antecedentes

Para lo que interesa a esta instancia y de acuerdo con la declaratoria de cosa juzgada por parte del juez de conocimiento frente algunas pretensiones, se tiene que la demanda se encuentra dirigida a que se le reconozcan y paguen los aportes al sistema de seguridad social entre diciembre de 1992 y octubre de 1996, tiempo en que laboró como supernumeraria, así como el pago retroactivo de las cesantías e intereses por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2002 y 31 de diciembre de 2011, reliquidación total de las cesantías e intereses a las mismas del 30 de octubre de 1996 al 31 de diciembre de 2015, teniendo en cuenta los salarios realmente devengados, sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por el no pago de cesantías entre el 1 de enero de 2002 y la fecha de finalización del vínculo, reajuste de la indemnización por despido injusto, indexación y costas del proceso.

En sustento de ello indica que, prestó sus servicios como supernumeraria entre el 18 de diciembre de 1992 y el 12 de octubre de 1996, para un total de 684 días, que equivalen a 98.8 semanas, cotizándole en dicho periodo por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, tan solo 35,57 semanas; que de 1996 a 1 de diciembre de 2002 tuvo vinculación bajo la figura de contrato de prestación de servicios, no obstante, mediante sentencia emitida por el Juzgado Laboral del Circuito de Envigado se determinó que su vinculación al ISS a partir del 30 de octubre de 1996, lo fue como trabajadora oficial, cargo que desempeñó hasta el 31 de marzo de 2015, cuando fue

despedida; que el 4 de septiembre de 2018 reclamó la cancelación de los aportes a seguridad social, indicándosele que no había lugar, al ser dichos periodos anteriores a la expedición de la sentencia C-401 de 1998; que entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2011, las cesantías fueron congeladas, pese a que ella no lo autorizó, sin que a la fecha de la terminación del contrato se le haya cancelado dicha retroactividad, ni los intereses; que a la terminación del contrato no se le liquidó correctamente la indemnización por terminación unilateral, tal y como lo establece el artículo 5 de la convención colectiva, pese a que es beneficiaria de la misma; que realizó reclamación administrativa solicitando lo que hoy es objeto de pretensión, la cual fue respondida de manera negativa.

En auto del 24 de julio de 2019 se admitió y ordenó dar trámite a la acción, debidamente notificada la demandada de la actuación, allegó contestación aceptando que mediante sentencia judicial se determinó que la actora era trabajadora oficial desde octubre de 1996. De igual forma aceptó el congelamiento de las cesantías, aclarando que para ello no se necesitaba autorización de la misma, pues, fue pactado en la convención colectiva, siendo la actora beneficiaria de la misma, frente a los demás hechos manifiesta no constarle o no ser ciertos. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al carecer de fundamentación fáctica y legal, y formuló las excepciones de mérito que denominó, inexistencia de la obligación del PAR ISS liquidado de reconocer aportes a la seguridad social, y reajuste y pago de cesantías, prescripción, buena fe, pago, compensación, cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa.

La primera instancia terminó con **sentencia** proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito, en la que condenó al PAR ISS

representada por su vocera y administradora FIDUAGRARIA, a reconocer y pagar en favor de la demandante, los aportes faltantes al sistema de seguridad social en pensiones, por los tiempos durante los cuales laboró al servicio del ISS en calidad de supernumeraria, con solución de continuidad, desde el 18 de diciembre de 1992 al 12 de octubre 1996, ante Colpensiones, con el reconocimiento del respectivo bono pensional, si a ello hubiere lugar, y que permitan validar los tiempos a efectos de una eventual pensión. Absolvió de las demás pretensiones e impuso costas a cargo de la demandada y en favor de la actora.

Argumentó el fallador frente al pago de los aportes a seguridad social que los mismos pueden ser reconocidos por el tiempo que este laborando la persona, independiente del año en que lo haga, en tanto, una disposición contraria viola el derecho a la igualdad y los principios mínimos consagrados en favor del trabajador, máxime cuando la vinculación a través de la figura de supernumerarios constituye una verdadera relación laboral, y si bien la sentencia de la Corte Constitucional es de 1998, ello es, posterior al tiempo reclamado por la actora, la prohibición del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, se puede inaplicar acudiendo a la figura de la inconstitucionalidad.

Frente al reajuste de cesantías e intereses a las cesantías, esto es, la no congelación de dichos conceptos por 10 años, esgrimió que no es posible acoger dicha pretensión al haber establecido la convención colectiva de trabajo en el artículo 62 el congelamiento de las mismas a partir del 1 de enero de 2002, sin ser posible otra interpretación bajo el principio de inescindibilidad, sumado a que la parte actora no puede pedir que se le aplique de manera fragmentada un acuerdo convencional frente a lo que le conviene y se inaplique frente a lo que

le es desfavorable, máxime cuando este es ley para las partes, y es válido al no violar mínimos ni garantías irrenunciables en los términos del artículo 53 de la Constitución, encontrándose el sindicato facultado para realizar la negociación de la convención y adoptar el congelamiento de las cesantías hasta el 2011, reconociéndose con posterioridad las mismas en los términos de la convención.

Afirmó que de acuerdo a las liquidaciones efectuadas por el despacho, atendiendo todo el tiempo laborado por la actora, se encontró que a la misma se le reconoció suma superior por indemnización, razón por la cual, no era dable emitir orden alguna por el reajuste de este concepto, y tampoco efectuar pronunciamiento frente al pago de la sanción moratoria, en tanto, para que la misma proceda se debe acreditar la mala fe, la cual, no se encuentra probada al ser claro que la entidad no actuó de manera caprichosa o arbitraria, sino en aplicación de la Ley.

Recursos de apelación fueron interpuestos oportunamente por las partes, así:

Demandante, solicita se acojan las pretensiones de retroactividad de las cesantías e intereses y el reajuste de la liquidación de la indemnización, para ello argumenta, frente al primer punto que, para el caso se deben tener presentes los artículos 6 y 130 de la convención colectiva, a más del principio de igualdad, pues, la dirección jurídica del Seguro Social ordenó el pago de estos conceptos a los trabajadores, tal y como se constata con la prueba documental y testimonial; frente al segundo punto objeto de inconformidad, indicó que el despacho no tuvo en cuenta los factores salariales con los que se debe liquidar la

misma, así como que laboró como trabajadora oficial por espacio de 6.631 días, y como supernumeraria 63.23 semanas.

Finalmente indica que se han causado unos perjuicios, pues, por la falta de aportes al sistema no se ha podido pensionar.

Demandada, insta para que se revoque la sentencia en cuanto dispuso el pago de los aportes a seguridad social al establecer el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 la prohibición de efectuar dichos pagos cuando los contratos no superen los 3 meses, supuesto que aconteció para el caso y en razón a ello la entidad no realizó los mismos, sin que se le puedan atribuir efectos retroactivos a la declaratoria de inexecutable de la norma.

Dando aplicación a lo establecido en el artículo artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, se le corrió traslado a las partes para alegar, haciendo uso de los mismos el **Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros**, y frente a lo que fue objeto de condena y se resuelve en esta instancia, reiteró su inconformidad frente a la condena a reconocer y pagar los aportes faltantes al de seguridad social en pensiones, por los tiempos durante los cuales laboró la actora al servicio del ISS en calidad de supernumeraria, con solución de continuidad por la razón de que la vinculación de la demandante como supernumeraria no fue de forma continua y su duración no excedió 3 meses y para dicha época se encontraba vigente el decreto 1042 de 1978 que establecía que cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales, adicional a que los efectos de la sentencia C-401 de 1998, no tienen efectos retroactivos.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

De la lectura del escrito de demanda, como ya quedó explicado, y del recurso de apelación, se infiere que la demandante pretende la reliquidación de las prestaciones sociales con una base salarial superior a la tenuta en cuenta por la entidad, pues estima que se deben contabilizar las cesantías e intereses a las cesantías después del congelamiento y con la retroactividad completa, así como la reliquidación de la indemnización por despido injusto, y el pago de aportes al sistema de seguridad social por el tiempo en que laboró como supernumeraria, y así quedó fijado el litigio CD fls. 373, sin que se hiciera reparo alguno por los apoderados, luego ninguna pretensión se plantea en relación con la indemnización de perjuicios, ni tal asunto fue materia de debate, por lo que no sería posible un fallo ultra o extra petita, máxime cuando decisiones de tal índole están vedadas a la segunda instancia, salvo cuando estén comprometidos derechos mínimos irrenunciables del trabajador que no es lo que ocurre, por lo que el problema jurídico queda planteado frente al reparo por el congelamiento de las cesantías, la liquidación de la indemnización despido injusto, así como a establecer si hay lugar o no a reconocer los aportes a pensión por el tiempo que la actora laboró como supernumeraria.

Así, las cosas y dados los recursos planteado, pasa a analizarse la procedencia del **reajuste de las prestaciones convencionales** que se congelaron entre el 2001 y 2012, tales como cesantías, intereses a las cesantías, al no aplicar la cláusula 62 inciso 1º de la convención colectiva celebrada entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social. Frente a ello, es de indicar como primera medida que la convención colectiva de trabajo es definida por el

artículo 467 del C.S T como *"...la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia"*. La misma es el fruto de la autocomposición, del diálogo directo entre trabajadores y empresarios para solucionar un conflicto económico y crear las condiciones de la prestación personal del servicio, durante la vigencia del contrato de trabajo sentencia C-009 de 1994 y C-1050 de 2001.

De otra parte, señálese que la convención colectiva tiene como límite el no menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos mínimos de los trabajadores (art. 53 C.P.), y, que la ley regula lo concerniente a su ejercicio, en especial, a la forma en que debe celebrarse, a quiénes se aplica, su extensión a otros trabajadores por ley o acto gubernamental, su plazo, revisión, denuncia y prórroga automática (arts. 467 y ss. C.S.T.). Es por ello que el convenio no puede desmejorar derechos reconocidos en convenciones anteriores; las nuevas deben superar los derechos convencionales precedentes o simplemente dejarlos como estaban¹. Por esto o cuando se pacten situaciones que impliquen disminución o desmejora de las prerrogativas reconocidas con anterioridad a través de este tipo de acuerdos, podrían verse tales cláusulas afectadas por el fenómeno de la ineficacia.

Bajo estos parámetros cuando del caso presente se trata, observa la Sala que la convención colectiva 2001-2004 obrante a folio 164 a 198, en su artículo 62 establece: *"a partir del primero de enero de 2002 se congela la retroactividad de las cesantías por diez (10) años. El instituto procederá a liquidar a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, las cesantías de la totalidad de los trabajadores, y liquidará sobre dicho monto intereses en cuantía del doce por ciento (12%) anual correspondiente al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero de 2002"*, adicional a ello dispuso que: *"A 31 de diciembre del año*

¹ Francisco Rafael Ostau de Lafont de León, Tratado de Derecho del Trabajo, tomo II, pág. 503.

2002, y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidaran anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del doce por ciento (12%) anual por el respectivo año objeto de liquidación, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente.” Y agrego, “sobre el monto de las cesantías liquidadas a 31 de diciembre del años 2001, el instituto reconocerá a partir del primero de enero de 2002, intereses equivalentes al 15% anual”.

Dicha cláusula convencional trata de un acuerdo temporal que detiene la retroactividad de las cesantías por diez años y luego la restaura, es decir, se congelan las cesantías retroactivas a partir del 1° de enero del 2002, ordenando la liquidación con el régimen retroactivo de las que ya se encontraban causadas a 31 de diciembre de 2001, y a partir del 1° de enero de 2002 hasta 31 de diciembre de 2011 se liquidan anualmente, con el sistema nuevo, sin que de la misma se pueda determinar que al finalizar el término sea posible calcularlas así en todo el tiempo laborado, al no estarse cumpliendo, en estricto sentido, el querer de la norma, pues ella se creó en desarrollo de los compromisos que adquirieron las partes (sindicato y empleador) para superar la situación crítica financiera que afectaba el funcionamiento del ISS e impedía la materialización de los demás derechos de los trabajadores, comprometiendo incluso la continuidad de los puestos de trabajo.

Clausula convencional frente a la cual ha tenido la oportunidad de pronunciarse el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en sentencia SL924 de 2019, en la que dejo sentado: *“La estipulación convencional transcrita deja claro, que se trata de un acuerdo temporal que congela la retroactividad de las cesantías por diez años, no contiene una renuncia al régimen de retroactividad y tampoco «puede calificarse contraria a los principios y derechos fundamentales de los trabajadores. Ello debido a que fue el producto de la autocomposición libre y voluntaria del sindicato y la empresa» (CSJ SL16811-2017), esto en desarrollo de los compromisos que adquirieron las partes para*

superar la situación crítica financiera que afectaba el funcionamiento del ISS e impedía la materialización de los demás derechos de los trabajadores, comprometiendo incluso la continuidad de los puestos de trabajo". Véase igualmente la sentencia SL5616-2018, SL2279-2020 y SL2048-2020 entre otras.

Sumado a lo anterior, es de señalar que lo regulado en dicha cláusula convencional, y como ya se ha enunciado no desconoce el mínimo de derechos y garantías establecidas en la legislación laboral en materia de cesantías para los trabajadores oficiales de las entidades del Estado. Sobre este punto, la Sala Laboral de la Corte Suprema en la sentencia SL17487-2015, manifestó:

[...] importa a la Corte resaltar que el sistema de liquidación retroactiva del auxilio de la cesantía, vigente en el sector público desde el 1º de enero de 1942 por virtud del artículo 1º de la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946, y reiterado para obreros y empleados de la Nación por el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947, se extendió hasta la vigencia del Decreto 3118 de 26 de diciembre de 1968 que creó el Fondo Nacional del Ahorro, pues desde allí se procedió a su desmonte al concebir la liquidación anualizada de las mismas que para el sector particular se definiría por los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 28 de diciembre de 1990 y para el oficial por los artículos 13 y 14 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, [...].

De acuerdo con ello no se evidencia ninguna desmejora o violación de derecho alguno en lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo, máxime cuando en los acuerdos las cláusulas se negocian por las partes, y sin que pueda la demandante escoger la norma que se le debe aplicar ni haya renunciado a la aplicación de texto convencional, sumado a que a partir de la vigencia del Decreto 3118 de 1968, se procedió en el sector público al desmonte del sistema de liquidación retroactiva del auxilio de cesantía y a la instauración o consolidación de la liquidación anualizada de las mismas, es decir, que para el 31 de octubre de 2001, fecha en que se suscribió la convención, estaba

previsto en el ordenamiento jurídico el sistema de liquidación anual de las cesantías en el sector oficial, normativa que constituye el mínimo de derechos y garantías consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en favor de los servidores públicos en lo referente a tal concepto, resultando así perfectamente válido lo estipulado en el artículo 62 convencional (sentencia SL924-2019).

Ahora, debe tenerse de presente que en el acuerdo convencional de 2001 se congelaron por 10 años las cesantías retroactivas, y a partir del vencimiento de tal plazo se retornó al referido régimen, por lo que al haber estado vinculada la demandante antes de dicha data, procedente resulta la cancelación de las cesantías retroactivas entre la fecha de iniciación de labores y el 31 de diciembre de 2001 y entre el 01 de enero de 2012 data hasta la cual estuvieron congeladas y el 31 de marzo de 2015, cuando se dio la terminación del contrato, así las cosas no resulta procedente acceder a la pretensión tendiente a la reliquidación de las cesantías y los intereses sobre las mismas, al no ser procedente como ya se enunció inobservar la cláusula convencional, advirtiéndose por demás al revisar el cálculo de las definitivas realizada por la entidad y que se funda en la Resolución 7871 del 13 de febrero de 2015 (fls. 127 a 129), se ajustan a los postulados convencionales, ello es, el cálculo retroactivo hasta el 31 de diciembre de 2001, el congelamiento establecido entre el 01 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2011, y luego el descongelamiento entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de marzo de 2015 fecha de terminación del contrato, considerándose un total de **2.625 días**, desconociéndose además si existió suspensión o interrupción del contrato se mantendrá esta cifra, obteniéndose con base en un salario de **\$1.836.224**, dividido por 30 arroja una suma de \$61.207,46 diarios, multiplicados por **218.73 días a cancelar por cesantías**, se

obtiene un valor de **\$13.387.909**, suma ligeramente inferior a la cancelada a la actora por cesantías retroactivas por el otrora ISS como se observa a fls. 128, luego no hay lugar a reajuste alguno, y por las cesantías congeladas \$11.647.090,00 tal como se infiere del mismo documento, sin que se le adeude saldo alguno, sumado a que para el caso, no se acreditó que la entidad hubiese inobservado lo establecido en la cláusula convencional, como lo asevera la parte recurrente, en tal sentido se confirma la decisión de instancia en este apartado.

Y en relación con el reajuste de las restantes prestaciones tampoco se evidencia diferencia alguna, ni se allega prueba de factores salariales diferentes o superiores no incluidos en la base para su cálculo, lo que también ocurre con la liquidación de la indemnización por despido injusto, dado que, al entrar la sala a calcular la misma, atendiendo el tiempo laborado entre el 16 de diciembre de 1997 y el 30 de marzo de 2015, lo que equivale a 17,29 años, con un salario de \$1.356.165,00, y lo establecido en el artículo 5 de la convención, que por el primer año se cancelan 50 días de salario y por los años subsiguientes y fracción, 55 días, arroja una suma a cancelar de 42.755.879,00, valor muy inferior a la pagada por la entidad que fue de \$57.904.811, y si en gracia de discusión, se aceptare que a la señora María se le debe tener en cuenta los 684 días en los cuales laboró como supernumeraria y desde el 18 de diciembre de 1992, la indemnización sería por 19.19 años, lo cual arrojaría una suma a cancelar de \$47.492.153,00, valor, igualmente, menor al cancelado, por lo que no hay lugar a la reliquidación de la misma, máxime, como ya se enuncio, no se prueba que se hubiese omitido incorporar algún factor salarial, por lo que se confirma la sentencia de instancia en este punto.

Finalmente, se pasa a analizar la condena al pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, por el tiempo en que la actora laboró al

servicio del ISS en calidad de supernumeraria, con solución de continuidad entre el 18 de diciembre de 1992 y el 12 de octubre de 1996, debiéndose indicar que si bien, tal y como lo afirma el recurrente, para la fecha se encontraba en plena vigencia el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, que en el inciso 5º del artículo 82 expresamente establecía: *cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales. Sin embargo, las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo*, precepto frente al que se hizo control de constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia, bajo la vigencia de la Carta Fundamental de 1886 encontrándolo ajustado a la misma, también es de avizorar que, al revisarse la disposición a la luz de la norma superior de 1991, se concluyó que:

El desconocimiento de las prestaciones sociales a los empleados supernumerarios que se vinculan transitoriamente a la Administración Pública, resulta contrario a los principios rectores de las relaciones laborales, y a la justicia que debe presidir dichas relaciones. En efecto, desconoce, en primer término, el principio de igualdad de oportunidades, por cuanto el hecho de que la vinculación sea transitoria, no es óbice legítimo para establecer diferencias frente a aquellos servidores públicos vinculados permanentemente a la Administración. Esta desigualdad en el trato, no se justifica por ningún objetivo de rango constitucional que pudiera perseguirse a través de ella. La Corte no encuentra en ella nada distinto de un mecanismo para reducir la carga prestacional de la Administración, que no justifica el desconocimiento general del principio de igualdad. Adicionalmente, la restricción que se viene comentando desconoce el principio constitucional de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales. Puede decirse que, ante la incapacidad de negociar las condiciones legales de ejercicio del cargo, es la misma ley la que resulta imponiendo al servidor transitorio la inconstitucional renuncia a esta categoría de beneficios mínimos que constituyen las prestaciones sociales reconocidas a los servidores públicos.

Teniéndose también establecido por la misma Corte Constitucional que: *los principios y garantías contenidas en el Estatuto Superior son también predicables a situaciones jurídicas que aunque consolidadas bajo el amparo de la Constitución anterior, sus efectos se proyectan con posterioridad a la expedición*

de la nueva normatividad, especialmente cuando se está en presencia de prestaciones periódicas, como se explica entre otras en sentencia SU-1073 de 2012 al referirse al carácter universal de la indexación de la primera mesada pensional, independiente que se haya causado antes o con posterioridad a la Constitución de 1991; luego es posible acoger los argumentos de la sentencia C – 401 de 1998 para decidir el caso a estudio, máxime cuando en situaciones análogas a la aquí analizada, y frente a la misma entidad, se han incluido por la máxima guardiana de la Constitución los tiempos laborados como supernumerarios anteriores al año 1998, para consolidar el tiempo para gozar de pensión, como se lee entre otras en sentencias T – 112 de 2009, y T – 261 de 2010.

Además, es unánime y reiterada es la línea jurisprudencial especializada al decir que los aportes se regulan por las normas vigentes al momento de causarse la pensión y no por aquellas que aplicaban para la fecha de prestación del servicio, teniéndose en la actualidad línea decantada según la cual, el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, incluida la falta de cobertura del ISS, así no actúe de manera negligente, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a aquellos por dichos períodos, porque en esos momentos estaban bajo su responsabilidad, por lo que debe cubrir los correspondientes aportes a través de la cancelación del título pensional, a entera satisfacción de la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliada la persona, para efectos de que dicho valor se compute con la convalidación de tiempos o con las cotizaciones realizadas al ISS y se garantice el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez (CSJ SL9586-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017 y CSJ SL10122-2017 y más recientemente SL1515 del 03 de mayo de 2018, explicando en esta última que: *el pago del cálculo*

actuarial a cargo del empleador se justifica porque sería inequitativo e injusto que por la falta de esos aportes se genere un perjuicio al trabajador y se afecte su expectativa pensional, máxime que se trata de un lapso en que la obligación estuvo a cargo de aquel y, además, porque ello no resquebraja la estabilidad financiera del sistema, toda vez 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. Posición que ha sido reiterada en las sentencias SL3478-2019, SL5263-2019, SL2963-2020, SL3148-2020 y SL3163-2020, entre muchas otras.

Y ello es así, por cuanto, en virtud de los principios de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia, en todos los eventos en que se presente la omisión en la afiliación, independientemente del motivo que la produjo, y si es necesaria o no para el reconocimiento y pago de la pensión, se debe ordenar el pago del cálculo actuarial por los tiempos omitidos, criterio jurisprudencial que a la fecha permanece, se itera, en los eventos en que la falta de afiliación se deba a la ausencia de cobertura del sistema de seguridad social, por la creencia del empleador, de no encontrarse regido por una relación laboral, incluso, independientemente de si el contrato de trabajo se encontraba vigente cuando entró a regir la Ley 100 de 1993.

Luego, certificados como se encuentra los ciclos en que el demandante prestó servicios a la entidad como supernumeraria, hay lugar a ordenar el pago del cálculo actuarial por los mismos, en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, por lo que se confirma la decisión de instancia en este apartado.

Sin costas en esta instancia ante las resultas de los recursos.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **Confirma**, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario laboral promovido por **María Fanny Flórez Cardona**, contra **Fiduagraria S.A.**, en calidad de vocera y administradora del **PAR ISS**.

Sin costas en esta instancia al no haberse causado.

Lo resuelto se notifica a las partes por **estados virtuales**, artículo 295 C.G. del P. en concordancia con el 15 del Decreto 806 de 2020.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 054** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **05 de abril de 2021.**

Secretario