TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL

Magistrado	**JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso:	Ordinario
Radicación No.	25269-31-03-002-2018-00004-01
Demandante:	**RAFAEL RICARDO RUBIO CARDONA**
Demandado:	**INVERSIONES CASTILLA HERNÁNDEZ Y CIA. S.A.**

En Bogotá D.C. a los veintiséis (26) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020) la Sala de decisión Laboral que integramos **MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien la preside como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, esta audiencia tiene por objeto escuchar las alegaciones de las partes para resolver los recursos de apelación interpuestos por la sociedad demandada y el llamado en garantía **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN,** contra la sentencia de 10 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá.

El apoderado de la sociedad AFP PROTECCIÓN S.A., manifiesta su decisión de desistir del recurso de apelación presentado dentro del proceso de la referencia. Así las cosas, revisado el poder que le fuera otorgado por el actor se observa que lo facultó entre otros para "desistir". Teniendo en cuenta lo indicado se admitir el "desistimiento del recurso de apelación", por encontrarse dentro de las facultades concedidas por la ley de conformidad con lo preceptuado en el artículo 316 del CGP aplicable en principio de integración consagrado en el artículo 145 del CPT y de la SS, por tratarse de una actuación procesal, es decir del recurso de apelación.

Igualmente, se le condenará en costas de conformidad con lo preceptuado en el en el inciso 3° de la citada norma –Art. 316 del CGP-, toda vez que no fue coadyuvada su petición por las partes. Como agencias en derecho se fijará la mitad de un salario mínimo legal vigente.

Frente al recurso de apelación impetrado por la parte de la sociedad demandada, previa deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados en Sala de Decisión, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

RAFAEL RICARDO RUBIO CARDONA demandó a **INVERSIONES CASTILLA HERNÁNDEZ & CIA. S.A.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declarara que la accionada es responsable del pago de los aportes al sistema de pensiones entre el lapso comprendido entre el 20 de febrero de 1980 y el 30 de octubre de 1997; en consecuencia, se condenara a la demandada pagar los aportes a seguridad social en pensiones del lapso mencionado, indexación e intereses por mora, pensión sanción desde cuando cumpla la edad de 60 años y, costas.

Como fundamento de las peticiones, narró que laboró para la empresa demandada, en el municipio de Cachipay en las propiedades de ésta, quien tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá, conforme aparece en el certificado de existencia y representación legal, durante el tiempo comprendido entre el 20 de febrero de 1980 y el 30 de enero de 2010, quien no lo afilió al sistema de seguridad social en pensiones desde el momento del ingreso teniendo dicha obligación legal; que la demandada es responsable de los aportes generados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 *"…hubiese o no cobertura por parte del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES en el Lugar donde se contrató al trabajador…",* como quiera que *"…Para la ciudad de Bogotá, la cobertura por parte del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, para lo referente al sistema de pensiones inicio a partir del 1 de enero de 1967, por lo que para la fecha de vinculación del trabajador …, es decir el 20 de febrero de 1980, ya había cobertura para efecto de su vinculación…"*; que en proceso adelantado entre las mismas partes, radicado bajo el número 2011-44, la accionada admitió el tiempo de relación laboral al dar respuesta en esa oportunidad a la demanda; que en dicho proceso de determinó que el contrato de trabajo había terminado sin justa causa por parte del empleador; por lo que la pensión sanción se otorga cuando un trabajador no afiliado al sistema general de pensiones por omisión del empleador, es despedido

sin justa causa después de haber laborado para el mismo empleador durante 10 años o más y menos de 15 años continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993; y si el despido sin justa causa se produce después de 15 años de servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador cumpla 60 años de edad si es hombre; siendo el monto de la acreencia pensional directamente proporcional al tiempo servido (fls. 72 a 77). La demanda fue admitida el 23 de enero de 2018 (fl. 78).

INVERSIONES CASTILLA HERNÁNDEZ Y CIA S.A., al descorrer el traslado, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, señalando que la empresa *"…cumplió integra y oportunamente con todas las obligaciones generadas del contrato de trabajo que la vinculó con el demandante y que por Ley debía asumir, habiendo dado siempre cabal cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen dicha prestación…",* de los hechos admitió unos, negó otros y dijo no constarle los restantes; en su defensa sostuvo que la empresa *"…siempre actúo de conformidad con lo señalado por el Instituto de Seguros Sociales, asumiendo las responsabilidades de empleador que le correspondieron en cada lugar donde el Estado Colombiano éste ofreció cobertura para los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte…";* que el actor prestó sus servicios en el municipio de Cachipay el 20 de febrero de 1980, fecha para la cual, el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, no tenía cobertura para los riesgos Invalidez, Vejez y Muerte en ese municipio; que si bien la cobertura de ISS comenzó el 1° de enero de 1967 fue únicamente en las cabeceras municipales y capitales de departamentos principales, para posteriormente extenderse a todo el país, por consiguiente para la época en que fue vinculación el demandante *"…el Instituto de Seguros Sociales no recibía afiliaciones en el municipio de Cachipay -Cundinamarca por parte de ningún empleador…"*; que *"…El artículo 20 del Decreto 2665 de 1988 prohibió a los empleadores afiliar al Instituto de Seguros Social a los Trabajadores que no se encontraban dentro de los grupos de población en la zona llamada a inscripción so pena de ser sancionados por infracción de dicha norma. De manera que, mal habría hecho mi mandante, si hubiera intentado afiliar al extrabajador en el año de 1.980 en un territorio diferente al de donde prestaba sus servicios, como se sugiere en el escrito de demanda…";* por lo que no existía para la época de vinculación del actor la obligación legal en la demandada de realizar aportes; que además no realizó ningún descuento al demandante por concepto de aportes a seguridad social en el periodo de tiempo por encontrarse imposibilitada para hacerlo, considerando que el demandante

está reclamando derechos que no le corresponden; propuso además de excepciones previas las de fondo o mérito que denominó inexistencia de las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada, buena fe, prescripción. Llamó en garantía a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. *"…para que responda en el evento hipotético que se impute responsabilidad Inversiones Castilla Hernández y Cía S.A. en el pago de los aportes pretendidos…"* (fls. 93 a 102).

La llamada en garantía **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,** descorrió el traslado, señalando frente a las pretensiones de la demanda que *"…NO ME ES DADO PRONUNCIARME, toda vez que se trata de una pretensión frente a un tercero diferente a PROTECCIÓN S.A….";* de los hecho dijo no constarle por tratarse de supuestos respecto de un tercero; en su defensa indicó que el demandante el 1° de octubre de 1997 suscribió formulario de afiliación ante él, ha cotizado 565.71 semanas, el 31 de julio de 2017 la administradora emitió cobro pre jurídico en el cual se le informó a la demandada *"…que aún se registraba una deuda por pago de aportes, pago extemporáneo y/o menor valor pagado, de los trabajadores pertenecientes a dicha entidad, documentación recibida por la demandada como aparece en el certificado de entrega de SERVIENTREGA…"*; y también *"…presentó demanda ejecutiva en el Juzgado Laboral contra INVERSIONES CASTILLA HERNANDEZ & CIA. S.A., lo cual evidencia que mi representada ha cumplido con el deber de requerir a la demandada por falta de pago en aportes a sus empleados…";* elevó petición especial de INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO con la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, argumentando *"…pues es a quien le corresponde efectuar cálculo actuarial del período comprendido entre el 20 de febrero de 1980 y el30 de octubre de 1997, debido a que la AFP PROTECCIÓN no le asiste la obligación de recibir aportes al sistema de seguridad social anteriores a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993…";* propuso las excepciones de improcedencia de declaratoria de elaboración del cálculo actuarial, por parte de la AFP PROTECCIÓN, buena fe por parte de la demandada, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y la "genérica" (fls.132 a 135).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, mediante sentencia de 10 de diciembre de 2019, declaró que la accionada es responsable del pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor del demandante por el período comprendido entre el 20 de febrero de 1980 y el 30 de septiembre de 1997, y la condenó a pago de los mismos debidamente indexados, con base en el cálculo actuarial atendiendo los lineamientos previstos en el Decreto 1887 de 1994 y 1833 de 2016; ordenó a PROTECCIÓN S.A. que en el término de 3 meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, proceda a realizar el cálculo actuarial respectivo, teniendo como fundamento la parte motiva de esa sentencia; le impuso costas a la empresa demandada (Cd y acta de audiencia, fls183 a 187).

III. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA:

Inconforme con la decisión, en sustento del recurso, expuso: *"…Interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho en esta audiencia en los siguientes términos: El demandante en este proceso, se encuentra probado que fue contratado por mi representada INVERSIONES CASTILLA HERNANDEZ y CIA S.A. el 20 de febrero de 1980 época para la cual el ISS hoy COLPENSIONES no tenía cobertura en los riesgos de invalidez, vejez y muerte en ese municipio, adicionalmente debe tenerse en cuenta que el ISS fue reglamentado con el Decreto 3041 de 1966 iniciando operaciones de cobertura para esos riesgos a partir del 1º de enero de 1967 y únicamente en las cabeceras municipales y capitales de departamentos principales para posteriormente extenderse en todo el país. Para la época en que el demandante fue vinculado como se dijo anteriormente el ISS no recibía afiliaciones en el municipio de Cachipay por parte de ningún empleador, por lo tanto, mi prohijada siempre actuó de conformidad con lo señalado por el ISS asumiendo las responsabilidades de empleador que le correspondieron en cada lugar donde se ofreció cobertura para los riesgos de Invalidez, vejez y muerte; adicionalmente no se tuvo en cuenta en la sentencia que el artículo 20 del Decreto 2665 de 1988 prohibió a los empleados en afiliar al ISS a trabadores que no se encontraran dentro de los grupos de población o en la zona llamada a inscripción so pena de ser sancionados por infracción de dicha norma, de manera que mal habría hecho mi mandante si hubiera intentado afiliar a los trabajadores en el año 1980 en un territorio diferente al que prestaba sus servicios como ocurrió. Bajo ese panorama resulta claro entonces que no existía en cabeza de mi representada INVERSIONES CASTILLA HERNANDEZ y CIA SA obligación legal alguna de realizar aportes respecto del demandante en la época de su vinculación laboral y concretamente en la época en que se condenó a INVERSIONES CASTILLA HERNANDEZ en esta sentencia por lo tanto teniendo en cuenta que la demandada no incurrió de manera caprichosa en ninguna omisión sino que se encontraba en imposibilidad legalmente para afiliar al actor al ISS como ocurrió, quiero destacar se señores Magistrados que todas las actuaciones desplegadas por mi representada se encontraban siempre revestidas de la más absoluta y cristalina buena fe y como evidencia de ellos se tiene que a pesar de que para INVERSIONES CASTILLA hubiera sido legalmente imposible realizar los aportes al ISS, desde el momento en que se convocó a audiencia de conciliación en este proceso mi prohijada manifestó su interés de conciliar ofreciendo al demandante la posibilidad de llegar a un acuerdo respecto del pago de los aportes pensionales pretendidos calculados con base en el salario mínimo legal vigente. No obstante, pues el demandante no tuvo ningún interés de conciliar. Respecto de la condena al cálculo actuarial efectuada en esta sentencia solicito tener en cuenta a los Señores Magistrados que dado que en este proceso no se probó el salario del señor demandante en el período de tiempo que fue condenada mi representada es decir, entre el 20 de febrero de 1980 y el 1º de octubre de 1997 teniendo en cuenta que no existe prueba del salario en ese período de tiempo, siendo necesario tener el salario de cada mes en el periodo de tiempo que fue condenado al pago de aportes mi representada el cálculo actuarial a que fue condenada debería hacerse con base en el salario mínimo y no en otro salario. adicionalmente pongo de presente a los H. Magistrados que la juez al proferir la sentencia pasó por alto que en el escrito de demanda el señor Rubio Cardona solicita de una parte que se declare que mi mandante es responsable del pago de aportes al sistema de seguridad social general en pensiones a favor del demandante en el periodo comprendido entre el 20 de febrero de 1980 y el 30 de octubre de 1997 y en consecuencia que sea condenada mi representada a efectuar dichos pagos más los intereses los cuales desde luego se harían a la administradora del fondo de pensiones que se encuentra afiliado el demandante exclusivamente del referido sistema y de otra parte el demandante solicitó el reconocimiento y pago de una pensión sanción, lo cual es del todo improcedente dado que tales pretensiones por su naturaleza se excluyen entre sí, y aunque el escrito de contestación de la demanda presentado oportunamente se propuso la excepción previa de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones en este proceso no se declaró probada dicha excepción contenida en el numeral 5 del artículo 100 del CGP, por lo cual solicito a los Magistrados tener en cuenta esa imprecisión. En los anteriores términos ruego a los Magistrados se sirvan analizar detenidamente los factores que fueron objeto de apelación y se revoque la sentencia proferida en esta instancia.*

III. ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandada en sus alegaciones solicita se revoque la sentencia de primera instancia, por considerar que la empresa no actuó de forma caprichosa y por lo tanto, no existe obligación legal alguna de realizar los aportes pretendidos; como quiera que para el inicio de la relación laboral -20 de febrero de 1980-, el Instituto de Seguros Sociales no recibía afiliaciones en el lugar donde fue contratado el demandante (municipio de Cachipay – Cundinamarca), por parte de ningún empleador al no tener cobertura para los riesgos Invalidez, Vejez y Muerte en ese municipio, constituyéndose en una imposibilidad para su representada realizar aportes a favor del demandante en la fecha de su vinculación; aunado a que las normas y jurisprudencia que regía en el periodo reclamado no la obligaban; ya que solo hasta el año 2014 la Corte varió su postura frente al asunto en debate, por lo tanto, es claro no le era posible cumplir con un precepto que era inexistente para el momento de los hechos. Sostiene que al no haber quedado probado en el trámite el salario devengado para la época en que dispuso el cálculo actuarial, debió declararse que se realizara con el salario mínimo legal y sólo por el tiempo que resulte necesario para consolidar el derecho pensional. Además, que paso por alto el juez al decidir sobre la excepción de Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, propuesta y fundamentada oportunamente, en consideración a que en la demanda se solicita el pago de Aportes al Sistema General de Pensiones más los intereses, los cuales desde luego se harían con destino a la Administradora de Fondo de Pensiones que se encuentra afiliado el demandante, al ser recursos única y exclusivamente del referido Sistema, y de otra parte solicitó el reconocimiento y pago de una pensión sanción; lo cual es del todo improcedente, dado que, tales pretensiones por su naturaleza se excluyen entre sí.

El apoderado del actor, en sus alegaciones refuta los argumentos expuestos por la accionada, mencionando que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al hecho de que en un momento dado no existiera cobertura del ISS hoy COLPENSIONES en el lugar donde se prestaba los servicios, no exime de responsabilidad al EMPLEADOR de reconocer y pagar los aportes a seguridad social en pensiones, haciendo alusión a la sentencia 784 del 2010, Ley 90 de 1946; precisando que en tales eventos de no cobertura los empleadores deben hacer las previsiones correspondientes para cancelar dichos valores o subrogarse ante la entidad de seguridad social que tenga allí cobertura o a la que el trabajador este afiliado, sin embargo, quedo demostrado, la demandada no canceló dichos valores, tampoco realizó tal provisión y no se subrogó, de ahí que es quien debe responder por tales rubros, tal y como lo determinó el Juez de primera instancia. Trajo a colación varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas la CSJ SL068-2018, de la que reprodujo algunos apartes, concluyendo que no cabe duda de la responsabilidad de la sociedad demandada tiene para con su empleado de reconocer y pagar lo referente a los aportes a seguridad social, en el lapso comprendido entre el 20 de febrero de 1980 y el 30 de septiembre de 1997, tal y como lo precisó el fallador de primera instancia. Sostiene, que por el cargo desempeñado -gerente administrativo-, el salario no devengado no era el mínimo, pues hay pruebas suficientes que demuestran que, en ningún periodo trabajado, el demandante devengó éste; y que; hay soportes que demuestra los salarios devengados, sobre los cuales deberán liquidarse los aportes, con base en lo previsto en el decreto 1833 de 2016 "Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones". Y finalmente refiere que no es la sentencia donde el Juez decide la excepción previa que alude la recurrente, sino que ello tiene su oportunidad conforme el artículo 77 del CPL., y que el recurso de apelación no es el mecanismo para revivir posibilidades y actuaciones procesales que alguna de las partes haya dejado de utilizar en su debido momento. Que no le asiste ninguna razón a la apelante, por lo cual solicita se confirmen la decisión.

IV CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del C.P.T y SS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionada, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Atendiendo los motivos de reproche quedaron acreditados los siguientes supuestos: Que entre las partes existió contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 20 de febrero de 1980 y el 30 de enero de 2010, siendo el lugar de prestación de servicios el municipio de Cachipay –Cundinamarca y; que

durante lapso comprendido entre la fecha de ingreso -20 de febrero de 1980- y el 30 de septiembre de 1997, el trabajador no fue afiliado a seguridad social en pensión; como se admite en la contestación de la demanda (fls. 93 a 102); y se corrobora, entre otras documentales, con el expediente del proceso No. 2011-00044-02 que entre las mismas parte hoy en litigio se adelantó ante el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE FACATATIVÁ que terminó con sentencia de fecha 10 de agosto de 2012, decisión modificada por ésta Corporación en providencia de 7 de marzo de 2013, en cuanto al *quantum* de los intereses a las cesantías y prima de servicios; autorizó a la empleadora descontar la suma allí indicada al ex empleado; declaró probadas las excepciones de prescripción y compensación y; confirmó la decisión en la demás (Cdno copias); por consiguiente la controversia en esta instancia radica en determinar: (i) si la sociedad demandada debe asumir el pago del cálculo actuarial por los aportes para el riesgo de pensión dejados de cancelar entre el 20 de febrero de 1980 y 30 de septiembre de 1997, ante la falta de afiliación a la entidad de seguridad social durante ese lapso de tiempo; de ser afirmativo dicho cuestionamiento y; *(ii)* cual el salario con el que debe realizarse el respectivo cálculo actuarial.

Previamente, se debe precisar frente a la manifestación de la apoderada de la empresa demandada, para que se tenga en cuenta, en su decir la "…*imprecisión…."* presentada por cuanto *"…aunque el escrito de contestación de la demanda presentado oportunamente se propuso la excepción previa de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones en este proceso no se declaró probada dicha excepción contenida en el numeral 5 del artículo 100 del CGP…";* que el medio exceptivo al que alude dicha profesional, fue decidido en oportunidad, vale decir en la audiencia prevista en el artículo 77 del CPTSS, donde se declaró no probada la excepción previa de INEPTITUD DE LA DEMANDA POR INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES; sin que la apoderada aquí interviniente hubiere interpuesto recurso alguno ante tal decisión, como se advierte en el audio de la audiencia (Cd. y acta, fls. 146 y 157); por tanto, el proveído se encuentra debidamente ejecutoriado y en firme; además no es la oportunidad procesal para hacer pronunciamiento al respecto, tampoco se advierte la relevancia de dicho aspecto frente a los puntos objeto de apelación; máxime cuando el apoderado de la parte actora, quien pretendía la *"…pensión*

sanción al cumplimiento de los 60 años de edad…" no presentó inconformidad alguna contra la sentencia que se revisa.

Aclarado lo anterior, frente al primer cuestionamiento, debe recordarse que la seguridad social se inició como obligación a cargo del empleador mediante la expedición de la Ley 90 de 1946, posteriormente y de manera progresiva, fue asumida en los diferentes riesgos por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, no de manera uniforme y completa, en tiempo y espacio; pues reglamentado un riesgo el Instituto expedía la regulación de inscripciones, aportes y recaudos, atendiendo estudios actuariales, para después, con el lleno de las formalidades determinar mediante resolución, la fecha en que se iniciaban las inscripciones, momento a partir del que surgía la obligación para el empleador de afiliar al trabajador, con la advertencia que dicha vinculación debía darse de acuerdo con la ley, con la obligación conjunta de los sujetos del contrato de trabajo de sufragar los respectivos aportes o cotizaciones, quedando -la afiliación- establecida de manera obligatoria y general a partir del 1º de enero de 1967*,* y que se volvió universal al adquirir vigencia la Ley 100 de 1993, normativa que cobijó a toda clase de trabajadores.

En ese orden, no es factible exonerar el empleador de su responsabilidad, independiente de la razón que le haya asistido para no cumplir con la carga que le competía al respecto; como quiera que se hace necesario que los tiempos trabajados y en los cuales no se realizó afiliación, sean habilitados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, a efectos de que el sistema complete la densidad de cotizaciones exigida por ley para acceder al derecho pensional.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL046-2020 de 20 de enero de 2020, Radicación No. 69610, con ponencia del Magistrado CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO, sobre este particular, trajo a colación lo adoctrinado por la Corporación en sentencia CSJ SL2138-2016, en la que se indicó:

> *"(…) desde el punto de vista jurídico, la Corte ha precisado que los riesgos pensionales en cabeza del empleador solo cesan con la subrogación a la respectiva entidad de seguridad social, de manera que los tiempos de servicios no cotizados, por falta de*

> *cobertura del Instituto de Seguros Sociales,* ***no pueden ser desconocidos y el empleador conserva una responsabilidad financiera respecto de los mismos, que se traduce en el pago de un cálculo actuaria****l. En la sentencia CSJ SL17300-2014 se explicó al respecto:*
> *En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I:S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.*
> *En ese sentido, se repite, por los tiempos en que no se efectuaron las cotizaciones, por falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, el empleador conservaba responsabilidades pensionales que permitían encuadrarlo dentro de las premisas del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993…"* (Resalta la Sala).

Y, en sentencia SL16086 de 20 de octubre de 2015, Radicación No. 54226, con ponencia del Magistrado LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS, había considerado:

> *"(…) El desarrollo de las políticas de aseguramiento social aparejó diversas situaciones. Sobre ellas la jurisprudencia ha trazado una línea de principio que recién se ha consolidado por la Corte en el sentido de indicar que no le está dado al empleador liberarse de responsabilidad cuando no afilia al trabajador o no cotiza a su nombre a la seguridad social, y como consecuencia se trunca el derecho pensional, de forma que en suma, cuando la afiliación no se produce, con independencia de su razón, será responsable de la prestación que hubiera podido otorgarle el sistema al trabajador; y cuando no paga o incurre en mora en la cotización será objeto de las acciones de cobro que la ley prevé para obtener el pago de las cotizaciones causadas y no cubiertas con sus intereses correspondientes. De manera análoga, se ha de concluir, cuando no habiendo afiliado al trabajador antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o habiendo omitiendo cotizaciones antes de esa data éste, el trabajador no alcanza a contabilizar la densidad exigida para acceder a la pensión con las posteriores que sufrague****,*** *caso en el cual* ***deberá trasladar al Fondo de Pensiones escogido por el Trabajador el cálculo actuarial pertinente mediante un título o bono pensional****...."* (Resalta la Sala).

Pronunciamiento, en el que también se aludió a la sentencia SL7647-2015, del 1º de julio de 2015 radicación No.59027, en el que esa Corporación, con relación a los trabajadores que nunca fueron afiliados a la seguridad social sin culpa imputable a su empleador, es decir, por cuanto en las sedes de trabajo no hubo cobertura del ente de seguridad social, tesis que plantea la parte demandada, adoctrinó lo siguiente:

> *"(…) Frente a tales situaciones la Corte ha entendido que no por el hecho de haberse omitido la afiliación del trabajador a la seguridad social por falta de cobertura dentro de una determinada zona laboral, e incluso de no cumplirse tal circunstancia a la vigencia de la Ley 100 de 1993,* ***resulte válido al empleador beneficiado con esa contingencia, sustraerse a realizar el aporte necesario y correspondiente a los períodos así laborados para el establecimiento de la base económica de la pensión del trabajador*** *cuando éste cumpla potencialmente las exigencias del ente de seguridad social para ese efecto...."* (Resaltado fuera de texto)

Bajo ese entendimiento, y dado que en el examine la accionada solo vino afiliar al demandante para los riesgos de vejez, invalidez y, sobrevivientes, en octubre de 1997, en el régimen de ahorro individual con solidaridad a la AFP PROTECCIÓN, asegurando que en los periodos anteriores el INSTITUTO no tenía cobertura en el municipio de CACHIPAY donde desempeñaba sus funciones el trabajador, como lo sostuvo desde la contestación de la demanda (fls. 91 a 102) y no desde la vinculación; surge la obligación para INVERSIONES CASTILLA HERNANDEZ Y CIA. S.A., de reconocer el cálculo actuarial representado en bono o título pensional, del lapso laborado entre el 20 de febrero de 1980 y 30 de septiembre de 1997, como quiera que solo el pago de los tiempos en que la prestación jubilatoria estuvo por cuenta del empleador, lo libera de la carga que le correspondía; y no resulta equitativo para el trabajador imponerle la pérdida de dicho tiempo y por consiguiente hacer nugatorio su derecho pensional, limitando a que los tiempos de prestación de servicios como trabajador subordinado en los cuales su empleador omitió cotizar, no sean computados para obtener la pensión; cuando justamente la adquisición de este derecho vitalicio se fundamenta en la suma de cotizaciones al sistema.

En efecto, el literal d) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el apartado 9º de la Ley 797 de 2003 dispone que*"…el tiempo de servicio como trabajador vinculado con aquellos empleadores que por omisión no hubiere afiliado al trabajador…"*, se tendrá en cuenta para efectos del cómputo de las semanas cotizadas requeridas en dicha norma para obtener la pensión de vejez; el cual 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****…",* atendiendo lo señalado en el inciso segundo del literal e) ibídem; cálculo que se hará con base en lo previsto en el Decreto No. 1887 de 1994, habida consideración que el inciso 6º artículo 17 del Decreto 3798 del 26 de diciembre 2003 que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 (modificado también por el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997), hizo, de forma expresa, la remisión al mencionado decreto -1887/94- para efectos de hacer también el cálculo correspondiente para el cómputo para pensión del tiempo laborado al empleador

que omitió la afiliación a la entidad administradora de pensiones; como lo adoctrinó la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia No. 42.398 de 20 de marzo de 2013, al determinar la carga económica que deben asumir los empleadores que no afiliaron o no cotizaron a cuenta y nombre de sus trabajadores con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, y que complementa lo expuesto en providencia No. 32.179 de 2009 referente a la aplicación del citado Decreto 3798 de 2003, para liquidar la reserva actuarial de ese empleador omisivo frente a tiempos laborados antes de la Ley 100 de 1993, al señalar:

> *"(…)Tal como lo pregona la censura en las dos acusaciones, la subrogación del riesgo de vejez lo previó el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 en concordancia con los artículos 259 del CST y 1º del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, para los trabajadores que tuvieran un tiempo de servicios inferior a 10 años, contabilizados desde 1º de enero de 1967, y así la obligación de reconocerles la pensión estaba a cargo del ente de seguridad social, en reemplazo del empleador, sin desconocer, claro está, que la asunción de riesgos por el ISS, no operó de modo automático en todos los casos, sino que produjo efectos con la condición de que recibiera las cotizaciones respectivas.*
> *En esa medida y como lo ha precisado la Corte, la obligación de afiliar al Instituto de Seguros Sociales a un trabajador dependiente, es responsabilidad del empleador, acorde con la legislación vigente sobre el particular, carga que también aplica para el momento en que entró a regir el Sistema de Seguridad Social Integral que creó la Ley 100 de 1993.*
> *En el sub judice, cuando la demandante ingresó al servicio de la Corporación demandada, ya existía la obligación legal de afiliación de los trabajadores al régimen de seguridad social en pensiones, que para ese entonces era administrada por el Instituto de Seguros Sociales. No obstante existir dicho imperativo, en el caso analizado, el empleador dejó desprotegida a la actora por espacio de casi 18 años (16 de mayo de 1978 al 11 de marzo de 1996), porque durante los 25 años y 1 mes que estuvo prestando servicios, sólo fue afiliada a pensiones los últimos 7 años, bajo el régimen de ahorro individual administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.*
> *El inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, prevé la solución frente a la eventualidad referida, al establecer que " … En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994".(El subrayado es de la Sentencia).*
> *Conviene advertir, que pese a que la citada normativa no se encontraba vigente cuando se produjo el incumplimiento del empleador en su afiliación, la misma es perfectamente aplicable a casos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, como sucede en este caso, tal cual se desprende de su tenor literal; es decir, que el querer del legislador fue el de solucionar aquellos eventos en los cuales, antes de entrar a regir el Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994, en este caso), los empleadores no hubieran cumplido con la afiliación obligatoria al ISS., máxime que el concepto de cálculo actuarial no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico…".*

En ese orden de ideas, se reitera la obligación del empleador de trasladar a la administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado el accionante, en este caso la AFP PROTECCIÓN S.A.-, el capital correspondiente desde el inicio del contrato de trabajo hasta la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones -20 de febrero de 1980 y 30 de septiembre de 1997-, con base en el cálculo actuarial que se obtendrá con los salarios devengados durante ese lapso, representado en el título pensional por pertenecer el empleador al sector privado, conforme lo previsto en el Decreto No. 1887 de 1994; independiente de la causa o motivo que tuvo para ello.

De otra parte, en cuanto a los salarios para obtener el cálculo respectivo, como quiera que no quedo determinado el devengado para cada uno de los períodos de los cuales se reclaman los aportes -20 de febrero de 1980 y 30 de septiembre de 1997-, carga de la prueba que competía a la parte actora (Art. 167 del CGP y 1757 del CC), y que no cumplió; se tendrá en cuenta para tal efecto, el mínimo legal de cada uno de esos años, pues legalmente no puede devengarse menos de dicho monto.

En los anteriores términos quedan estudiados los puntos objeto de inconformidad planteados por la demanda recurrente, ya que como se dijo, la Sala carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos no planteados.

Costas en esta instancia a cargo de la sociedad demanda recurrente, dado lo adverso de la decisión, fíjese la suma equivalente a un salario mínimo legal vigente como agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

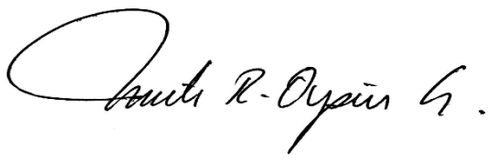
RESUELVE

1. **ADMITIR** el desistimiento del recurso interpuesto por AFP PROTECCION S A, y CONDENAR en costas conforme lo expuesto inicialmente, y como agencias en derecho se fija la mitad de un salario mínimo legal vigente.

2. **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2019 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RAFAEL RICARDO RUBIO CARDONA** contra **INVERSIONES CASTILLA HERNÁNDEZ Y CIA. LTDA**. y la llamada en garantía **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,** conforme lo anotado en la parte motiva de esta providencia.
3. **COSTAS** a cargo de la sociedad recurrente, se fija como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal vigente.

LAS PARTES SE NOTIFICARÁN POR EDICTO. ENVÍESE COPIA DE ESTA PROVIDENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE LAS PARTES, Y CÚMPLASE

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA