

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **25307-31-05-001-2018-00419-01**
Demandante: **JAIME DUSSAN PULECIO**
Demandado: **BANCOLOMBIA S.A.**

En Bogotá D.C. a los **20 DIAS DEL MES DE OCTUBRE DE 2023**, la Sala de Decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022. Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada, contra la sentencia emitida el 25 de agosto de 2022, por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot– Cundinamarca, dentro del proceso de la referencia.

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

JAIME DUSSAN PULECIO demandó a **BANCOLOMBIA S.A.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declarara que la accionada no lo afilió al Instituto de Seguros Sociales “ISS”, ni cotizó para el cubrimiento del riesgo de vejez en su favor, del periodo comprendido

entre el 15 de enero de 1974 al 31 de marzo de 1982; en consecuencia, se condene a pagar el valor del cálculo actuarial durante el mencionado periodo, de acuerdo al salario que devengaba, a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, de conformidad con los literales c) y d) del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y artículo 72 de la Ley 90 de 1946, a favor del accionante, lo ultra y extra petita y, las costas.

Como fundamento de las pretensiones, se narra en la demanda que el accionante nació el 10 de agosto de 1955, por lo que a la fecha de presentación de la demanda cuenta con más de 63 años de edad; se vinculó como trabajador dependiente de la entidad demandada, desde el 15 de enero de 1974 hasta el 1° de julio de 2001, como consta en la certificación expedida por el Banco el 5 de octubre de 2017; que solicitó a Colpensiones Historia Laboral sin que aparezcan tiempos cotizados entre la fecha de inicio del contrato y el 31 de marzo de 1982; el 3 de septiembre de 2018, le solicitó a la accionada pagar el cálculo actuarial del tiempo en que estuvo vinculado laboralmente y no se le pagaron los aportes a pensión, contestando la demandada que para la época en que empezó a trabajar no existía cobertura por parte del ISS, en la ciudad de Melgar donde laboraba el accionante; iniciando la cobertura el 1° de abril de 1982, fecha desde la cual fue afiliado al Instituto de Seguros Sociales y se comenzaron a pagar los aportes a pensión, *“...justificándose en que antes de la fecha mencionada “no existía obligación de realizar aportes al Sistema de Seguridad Social en dicha localidad”...”*; no obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que *“...la no existencia del Instituto de Seguros Sociales (ISS) y la no cobertura del mismo en zonas determinadas del territorio colombiano, no eximen la obligación del empleador de pagar los aportes a pensión de los trabajadores por ser la Seguridad Social un derecho Universal, Integral y*

fundamental al que tiene derecho el trabajador sin importar la época en la que se ha laborado...” (fls. 5 a 22 y 51 a 66 PDF 01).

La demanda fue presentada ante el **Juzgado Laboral del Circuito de Girardot – Cundinamarca**, el 19 de diciembre de 2018 (fl. 5 PDF 01); autoridad judicial que inicialmente la inadmitió con auto de 10 de julio de 2019, para que se corrigieran las deficiencias allí advertidas (fl. 50 PDF 01); presentando el apoderado sustituto subsanación (fl. 51 a 66 PDF 01); no obstante, con auto de 4 de septiembre de 2019, se indicó “*...Teniendo en cuenta que la parte actora no dio cumplimiento al auto del 10 de julio de 2019, pues presentó la subsanación en el término concedido pero la misma la presentó un abogado que no tiene poder para actuar...*”, por lo que resolvió, rechazar la demanda “*...como quiera, que el apoderado del actor no subsanó la misma, en el término concedido por Este estrado judicial...*” (fl. 68 PDF 01). Decisión contra la cual se interpuso recurso de reposición, indicándose que el poder para actuar quien suscribía la subsanación, había sido allegado al proceso el 28 de enero de 2019, sin que el despacho se hubiere pronunciado respecto del mismo, ni tenido en cuenta (fls. 70 y 71 PDF 01); con proveído de 28 de octubre de 2020, se dejó sin valor ni efecto el proveído de 4 de septiembre de 2019, y admitió la demanda, disponiendo la notificación a la parte demandada en los términos allí indicados (PDF 02).

La accionada **BANCOLOMBIA S.A.**, dentro del término legal y por conducto de apoderada, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, señalando: “*... • El actor prestó sus servicios en la ciudad de Melgar y la cobertura del ISS hoy Colpensiones, para los riesgos de IVM, incido (sic) en las principales ciudades del país a partir del 1º de enero de 1967, y posteriormente se fue extendiendo en forma paulatina en el resto del país. • El artículo 72 de la Ley 90 de 1946, no estipuló una obligación de aprovisionamiento respecto del tiempo de servicios laborado por los trabajadores no cubiertos por el régimen de los seguros sociales obligatorios a través del llamamiento a inscripción. • La Ley 90 de 1946 creó el ICSS y previó el Régimen de Seguro Social para que remplazara la pensión de*

jubilación consagrada en la legislación precedente; pero dicho sistema no aplicó de forma inmediata. • El legislador delegó en el ISS determinar, las actividades y regiones a las cuales se aplicaría la obligación de aseguramiento y su extensión progresiva a todas las regiones del país, fijando que todos los deberes iniciaban a través del cumplimiento ineludible de los requisitos de llamamiento a inscripción, de registro de empresas y afiliación de trabajadores. • El derecho a sancionar en este caso a impartir una condena como la aquí reclamada, debe honrar el derecho al debido proceso, determinado como fundamental en el artículo 29 de la constitución, que consagra entre las garantías sustanciales y procesales que lo integran el principio de legalidad, en virtud del cual le corresponde al legislador establecer las obligaciones a cumplir y/o conductas reprochables y señalar la correspondiente sanción, y de esa forma se cumple el principio de legalidad. • El artículo 72 de la Ley 90 de 1946, es el marco legal en el cual se instituyó el seguro social obligatorio y crea el ICSS, hasta cuando se produjera la subrogación objetiva del riesgo respectivo, y las anteriores prestaciones patronales entre tanto seguían rigiendo obviamente en las condiciones establecidas por ellas. ...”; sostiene que antes de la vigencia de la Ley 100, no existía obligación en cabeza del empleador de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador, pues no es posible entremezclar diferentes regímenes pensionales (el patronal, el de los seguros sociales y el de la seguridad social) con el fin de crear una nueva obligación, que la propia guardiana de la Constitución consideró como conculcadora de principios fundamentales de un Estado Social de Derecho.

En su defensa, formuló las excepciones de mérito que denominó: Cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, Inexistencia de un marco legal que previera una sanción y/o condena a cargo del empleador por incumplimiento de una supuesta obligación de aprovisionamiento respecto de trabajadores en zonas donde no se había dado el llamamiento a inscripción por parte del ISS, Antes de la Ley 100 de 1993 no existía la

condena denominada cálculo actuarial y la demandante tiene la responsabilidad de la financiación de los aportes a pensión, conforme las normas que posteriormente diseñó el legislador (Sentencias T-784 de 2010 y la T-712 de 2011), Buena fe, Prescripción (fls.1 a 23 PDF 06).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot - Cundinamarca, mediante sentencia del 25 de agosto de 2022, decidió:

*“(...) **Primero: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre **JAIME DUSSAN PULECIO** y **BANCOLOMBIA S.A.** cuyos extremos temporales fueron 15 de enero de 1974 y 1° de julio de 2001.*

***Segundo: CONDENAR** a **BANCOLOMBIA S.A.** a pagar a **JAIME DUSSAN PULECIO** los aportes a pensión desde el 15 de enero de 1974 al 31 de marzo de 1982 con base en el salario devengado por el actor para dicha época, al no ser objeto de discusión el vínculo laboral que ató a las partes, los cuales deberán ser consignados ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones”, conforme calculo actuarial que realice el respectivo fondo. Igualmente se ordenará que una vez quede ejecutoriada la presente sentencia, se oficie a la respectiva entidad pensional, aportándose copia auténtica de esta providencia, con el fin de que proceda a su ejecución a favor del actor.*

***Tercero. ABSOLVER** a **BANCOLOMBIA S.A.** de las demás pretensiones de la demanda.*

***Cuarto: CONDENAR** en costas a **BANCOLOMBIA S.A.** y a favor de **JAIME DUSSAN PULECIO**, tasándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 (Audio y audiencia, PDFs).*

III. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA:

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte accionada, presentó y sustentó el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(...) Interpongo recurso de apelación, el cual procedo a sustentar en los siguientes términos:

Sea lo primero indicar que, respecto al salario, la decisión es ambigua, atendiendo pues que se trata de una situación laboral acaecida hace más de 30 años, donde en los archivos de la entidad cuenta con la información que reposa dentro del expediente y en tal sentido se indicó que solamente que el cálculo debería ser efectuado de acuerdo al salario que estuviere

devengando. En tal sentido, pues atendiendo las pruebas obrantes en el expediente es necesario hacer un pronunciamiento preciso y concreto sobre el salario con el cual debe procederse a hacer el cálculo actuarial.

ahora bien, en lo que atañe ya a la decisión de fondo y a la obligación que se impuso, solicito se tenga en cuenta que la Ley 90 del 46, pues no creo la obligación a cargo de efectuar un cálculo actuarial ni mucho menos el pago de una reserva, con destino o para efectos de cubrir cotizaciones sobre una omisión que, como se indicó en el mismo fallo, no incurrió el empleador.

El empleador no incurrió respecto de la omisión de afiliación por parte del trabajador, una vez se inició la cobertura por parte del ISS, procedió a hacer la afiliación respectiva. También, han de tenerse en cuenta las decisiones de la Corte Constitucional en lo que atañe a las obligaciones tripartitas y la contribución o la financiación de ese cálculo actuarial, que se reitera, la norma vigente para la época no había previsto, pues fue la Ley 100 de 1993, fue una norma posterior la que creo dicha figura; por lo tanto, no podría condenarse a mi representada con dicha normatividad.

Solicito al Honorable Tribunal, tener en cuenta la sentencia 784-2010, 712-2011 de la Corte Constitucional, así como la sentencia 492 de 2013, en la que se ha hablado de la contribución o la forma de efectuarse esa supuesta omisión que el legislador no previó o no consagró la forma de cubrir esos periodos. Por lo tanto, solicito al despacho en primera medida, o al Tribunal, se revoque la decisión en cuanto a la obligación que se le impuso a mi representada de pagar un cálculo actuarial, pues no había un marco legal que así la obligara y, en gracia de discusión solicito se tenga en cuenta en el improbable caso que se confirme la decisión, que se tenga en cuenta lo atinente al salario, de cara a lo que está acreditado en el expediente y finalmente la contribución que debe hacer la parte actora sobre dicho cálculo actuarial, atendiendo la distribución tripartita que para la época existía.

En los anteriores términos, dejo presentado mi recurso de apelación; solicitando al tribunal se revoque la decisión en los anteriores términos. Doctora muchas gracias...”.

La juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto. Recibido el expediente por la Secretaría del Tribunal fue asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Dentro del término concedido en segunda instancia para alegar, los voceros judiciales de las partes accionada y demandante,

respectivamente, presentaron alegaciones ante la Corporación, en los siguientes términos:

Parte accionada: Pretende se revoque la sentencia apelada y se le absuelva, para lo cual sostiene:

“(…) El artículo 72 de la Ley 90 de 1946, no estipuló una obligación de aprovisionamiento respecto del tiempo de servicios laborados por los trabajadores no cubiertos por el régimen de los seguros sociales obligatorios a través del llamamiento a inscripción.

La Ley 90 de 1946 creó el ICSS y previó el Régimen de Seguro Social para que remplazara la pensión de jubilación consagrada en la legislación recedente; pero dicho sistema no aplicó de forma inmediata. El legislador delegó en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales determinar, previa aprobación del gobierno, las actividades y regiones a las cuales se aplicaría la obligación de aseguramiento, el orden de prelación de los riesgos que se asumirían y las etapas para la organización de los servicios restantes y su extensión progresiva a otras regiones y actividades, fijando que todos los deberes iniciaban a través del cumplimiento ineludible de los requisitos de llamamiento a inscripción, de registro de empresas y afiliación de trabajadores.

*La Ley 90 de 1946 en su artículo 16 dispuso que los recursos necesarios para cubrir las prestaciones sociales debían ser obtenidos, de la contribución tripartita forzosa de los trabajadores, de los patronos y del Estado, e instituyó en su artículo 66 las sanciones por omisión de inscripción o **declaración tardías o inexactas, sin que se previera una consecuencia por el incumplimiento de una supuesta obligación de aprovisionamiento**. En el año de 1951 comenzó a regir el C.S.T., el cual mantuvo a cargo de las empresas con capital de más de \$800.000.00 la obligación de pago de las pensiones de jubilación, pero el artículo 259 ibídem tenía carácter provisional y las pensiones dejarían de estar a cargo de los empleadores sólo cuando el riesgo correspondiente fuera asumido por el ICSS, siendo entonces un régimen patronal transitorio que quedaba sujeto a una condición resolutoria.*

El artículo 72 de la Ley 90 de 1946, es el marco legal en el cual se instituyó el seguro social obligatorio y crea el ICSS, hasta cuando se produjera la subrogación objetiva del riesgo respectivo, y las anteriores prestaciones patronales entre tanto seguían rigiendo obviamente en las condiciones establecidas por ellas, de manera que si cuando estaban en vigor un trabajador no alcanzaba a completar los 20 años de servicios, no le asistía derecho alguno, y muchísimo menos el de un cálculo actuarial que no consagró ni vagamente el mentado artículo 72 que permita dilucidar o extraer una sanción como la aquí solicitada, por lo tanto al producirse el

paso del sistema de prestaciones patronales al del ISS, como lo dijo enseñó (sic) siempre la jurisprudencia de la Corte.

*Antes de la Ley 100 de 1993, en Colombia solamente existían regímenes pensionales con prestación definida, situación que fue modificada con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones a partir del cual se permitió la coexistencia de dos modelos pensionales excluyentes: el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro con Solidaridad, buscando enmarcar el Sistema General de Pensiones en un esquema de libre competencia en el que el afiliado tendría la posibilidad de trasladarse de régimen previo el cumplimiento de las condiciones establecidas por el legislador. No debe confundirse el concepto de Bono Pensional con el de Título Pensional, también denominado reserva actuarial, el cual ha sido considerado como un “pagaré del pasivo de pensiones” que debe ser emitido por las empresas privadas que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones de sus trabajadores antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, **“en relación con los trabajadores que seleccionen el régimen de prima media y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha”**, con el fin de que el I.S.S tenga en cuenta ese tiempo laborado cuando vaya a efectuar el reconocimiento de la pensión de vejez, en contraposición del bono pensional que es un aporte destinado a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones en el caso de traslado de régimen.*

El derecho a sancionar en este caso a impartir una condena como la aquí reclamada, debe honrar el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 29 de la constitución, que consagra entre las garantías sustanciales y procesales que lo integran, el principio de legalidad, en virtud del cual le corresponde al legislador determinar las obligaciones a cumplir y/o conductas reprochables y señalar la correspondiente sanción, y de esa forma se cumple el principio de legalidad.

Las pretensiones de la demandante riñen abiertamente contra un Estado de Derecho y en general contra los valores más caros de un Estado Democrático y respetuoso de los derechos edificados con arreglo a normas preexistentes. El artículo 16 del C.S.T. “Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.”

La no afiliación de trabajadores que prestaban sus servicios en zonas donde no había llegado la cobertura del ISS claramente no implicaba una omisión legal por parte del empleador, pues para que estuviera obligado a ello se requería el llamamiento a inscripción por parte del ISS.

El pago de un cálculo actuarial no resulta acorte con la legislación vigente entre los años 1979 a 1982, pues ni siquiera existía ese concepto jurídico, por lo tanto, una condena en tal sentido sería violatoria del derecho fundamental al debido proceso en confrontación directa con el principio de legalidad.

Sin que implique reconcomiendo alguno a favor del Actor y en gracia de discusión, solicito tener en cuenta que ha dicho la Corte constitucional que:

*En sentencias hito sobre el tema como los son la T-784 de 2010 y la T-712 de 2011, lo que ha ordenado es que la Administradora de Pensiones liquide las **sumas actualizadas de acuerdo con el salario que devengaba el trabajador** en el periodo durante el cual laboró y a la empresa, a transferir a esa Administradora el valor actualizado de la suma por éste liquidada, por lo que en el remoto e improbable caso de que se considere que la demandante tiene derecho a que se le validen esos tiempos de servicios prestados bajo un régimen patronal sin la entrada en vigencia del Sistema de los Seguros Sociales, **lo procedente sería a lo sumo el pago de cotizaciones indexadas pero nunca el pago de un cálculo actuarial irracional e impagable** y que se repite el legislador jamás estableció esa condena al empleador, por lo tanto resultaría violatorio del debido proceso que se entre a suponer un marco legal para derivar de tal imaginario una condena.*

La Ley 90 de 1946, es la pionera en Colombia, en el camino de diseñar el régimen pensional de aseguramiento colectivo, y con la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales se implementó un sistema gradual y progresivo de cobertura, de tal forma que progresivamente el ISS fuera asumiendo los riesgos de enfermedad general, maternidad, accidentes de trabajo, invalidez, vejez y muerte, según el mismo Instituto lo fuera determinando, quedando a cargo de los empleadores la responsabilidad de asumir directamente la pensión de jubilación respecto de sus trabajadores que no ingresaran al sistema y únicamente en cuanto cumplieran los requisitos de ley del antiguo régimen (art. 260 C.S.T).

*Por eso el artículo 72 de la ley 90 de 1946, edificó las reglas específicas de la transición del régimen de responsabilidad exclusiva y directa del empleador al régimen de pensiones a cargo del Estado en un sistema de prima media administrado exclusivamente por el ISS establecido por la misma ley 90. Así dispuso una obligación para las empresas, las cuales debían afiliar únicamente a los trabajadores que dispusieran los reglamentos, cumplir con la obligación de cotizar, junto con ellos y con el Estado y para los demás que no ingresaron continuar cumpliendo con su obligación de reconocimiento directo de la pensión hasta tanto fueran llamados por el ISS, **único caso en el cual los empleadores debían hacer un “aporte previo”**. Solo a partir del momento en que el ISS hiciera el llamamiento general e individual de afiliación y asumiera objetivamente la pensión mediante una subrogación en las obligaciones se producía el paso de un régimen a otro.*

Artículo 72 ley 90 de 1946: “Las prestaciones reglamentadas en esta ley, **que se venían causando 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 esta fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores.” (Resaltado fuera del texto original).

En la legislación anterior que regulaba la pensión plena de jubilación, si el trabajador no completaba los 20 años **no tenía derecho a ningún beneficio pensional**.

En este orden de ideas la aplicación normas de disposiciones ulteriores a la ley 90 y a los reglamentos del ISS, constituye una violación palmaria al debido proceso y principio de legalidad que debe primar en todas las decisiones judiciales.

El artículo 72 de la Ley 90 de 1946 no puede ser el fundamento de una obligación de aprovisionamiento o de pago de cálculo actuarial, porque esta disposición no consagra nada parecido al respecto, sino algo muy diferente.

En las anteriores condiciones, es claro que **ninguna norma legal aplicable al caso bajo examen hace referencia a cálculos actuariales ni a aprovisionamientos**. El concepto de “aporte previo”, según lo señale el ISS para cada caso, que tendrían que efectuar eventualmente las empresas del sector privado cuando “el seguro social” fuera “asumiendo” las respectivas pensiones dista mucho de un supuesto deber de “efectuar los aprovisionamientos ...) para efectuar las cotizaciones al seguro social cuando así se les exija de acuerdo con la Ley”, que es lo pretendido en esta demanda.

En efecto, hacer aprovisionamientos es contrario a hacer un aporte. Por un lado, “hacer un aporte” es pagar una suma de dinero. Nunca fue, ni se aplicó ese absurdo deber de reservarse un capital y mucho menos destinado a hacer provisiones futuras y muchísimo menos **estimado con base tasas de cotización posteriores al tiempo de servicios o intereses técnicos inexistentes antaño**, que conducen a sumas desproporcionadas e irracionales como la del presente caso.

Solo con la Ley 100 (art. 33 parágrafo 1º), se vino a introducir el concepto de “cálculo actuarial” y a partir de su vigencia y no hacia el pasado, la obligación de realizar un cálculo actuarial por parte de la entidad administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el pago por el empleador a satisfacción de aquella.

De esta manera, para efectuar un **cálculo actuarial** es indispensable que se apliquen las provisiones referidas en cuanto a que el mismo nace para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el parágrafo 1º del

artículo 33 de la ley 100 de 1993, y con el restrictivo alcance dado por el propio artículo 1º del Decreto 1887 de 1994.

De salario:

La decisión objeto de recurso no indicó el salario con el cual debía realizarse el cálculo actuarial, por cuanto dada la fecha de los periodos reclamados no ha sido posible establecer el salario devengado en cada calenda.

Ahora bien lo más ajustado a la equidad, pero **no por ello** legal, sería que, a lo sumo, se condenara al pago de cotizaciones indexadas con base en las primeras tarifas de cotización fijadas por los reglamentos del ISS, con mayor razón si en estos casos no medio **culpa del empleador**, pues fue la misma ley que le indicó que no estaba obligado al pago por lo cual existía confianza legítima y buena fe en la conducta desarrollada por mi representada, pues se reitera no fue caprichosa sino en cumplimiento del marco legal diseñado previamente por el legislador, situación disímil a la del empleador omiso en el cumplimiento de sus deberes de seguridad social, que es la situación que sí regula el decreto 1887 de 1994 y no un evento futuro e incierto.

Nótese que para aquella época la cotización forzosa era tripartita por lo que incluso, en ese hipotético evento, mi prohijada solo estaría en la obligación de pagar el porcentaje de aporte indexado de la cotización que le corresponde.

Así lo ha considerado la H. Corte Constitucional quien en casos de similares contornos ha condenado al empleador a pagar el 75% de los aportes teniendo como base de cotización el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral, como si se hubieran efectuado en el lugar más cercano donde existiera cobertura del ISS, **debiendo pagar el 25% restante de los mismos el trabajador**, luego de considerar que tal resolución es una fórmula que respeta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad propios del principio de solidaridad y que “el hecho de que el pago de los aportes a cargo de la demandada se efectúe sobre un 75% y no sobre el 100%, busca hacer efectivo el componente de cooperación propio del principio de solidaridad, y tiene como origen el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que estableció que el monto de cotización será pagado en tal porcentaje por el empleador, y el restante 25% por el trabajador.” (sentencia T-492 de 2013).

El anterior criterio fue ratificado en sentencia T-014 de 2016 en la que el máximo órgano de lo constitucional ordenó “a Colpensiones que **realice el cálculo correspondiente a los aportes** equivalentes a 8 semanas laboradas por el actor para INGETEC S.A” **mas no a un cálculo actuarial**, y en la que, en virtud del principio de solidaridad en materia pensional, dispuso que el empleador pagara “a Colpensiones el 75% de la suma que se establezca en dicho cálculo, y se instará al demandante para que cancele el 25% restante.”...” (PDF 05 Cdo. 02SegundaInstancia).

Parte demandante: Señala que se encuentra conforme con el fallo proferido; por tanto, solicita dicho vocero judicial, se confirme en todas y cada una de sus partes la sentencia de primer grado; para lo cual, luego de transcribir la parte resolutive de la decisión, sostiene:

“(…) ARGUMENTOS DEL DEMANDANTE:

*Inicialmente como quedó demostrado dentro del presente asunto, es evidente la relación laboral que presentó mi prohijado, el señor **JAIME DUSSAN PULECIO** con Bancolombia S.A, pues la misma entidad demandada aceptó el hecho 2 de la demanda, el cual indica que el señor **JAIME DUSSAN PULECIO**, laboró para Bancolombia S.A. desde el día 15/01/1974 al 01/07/2011 (sic); también aceptó el hecho de que afilió al ISS a mi prohijado y realizó cotizaciones desde el día 1 de abril de 1982, no queda duda de la relación laboral que presentó mi prohijado con Bancolombia, así como tampoco que no se realizaron aportes pensionales para los periodos comprendidos entre el **15/01/1974 al 31 de marzo de 1982**.*

*En cuanto a los aportes pensionales, debe tenerse en cuenta que el derecho fundamental de la **SEGURIDAD SOCIAL**, el cual, según el artículo 48 de la constitución política de Colombia, es un derecho de carácter irrenunciable y universal y que en sentencia **SL 2798 DEL 3 DE AGOSTO DE 2022 M.P. OMAR ANGEL MEJIA AFANADOR** se precisó:*

“...La seguridad social tiene doble connotación: es un derecho irrenunciable y, además, es un servicio público de carácter obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad...”

*Ahora bien, respecto de la no afiliación, ni cotización para los periodos **15/01/1974 al 31 de marzo de 1982**, se ha creado una línea jurisprudencial de la honorable Corte Suprema de Justicia, en la cual de (sic) desarrolla el problema jurídico planteado en esta ocasión, indicando que la no cobertura del ISS para dicho momento, no conlleva a que su empleador se libere de sus compromisos frente al sistema pensional por ese tiempo efectivamente servido.*

En este orden de ideas, la Honorable Corte suprema de justicia ha indicado:

*“... a partir de las sentencias como las **SL9856-2014** y **CS/SL17300-2014** y teniendo en cuenta las reglas y principios de la Ley 100 de 1993, la Corte abandonó viejas posiciones (...), en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a eventualidades de falta de pago de aportes al sistema de pensiones, por la falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales.*

En dichas decisiones se definió, entre otras cosas,

“... i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidad respecto de sus trabajadores a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, a dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional; iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos “...e los que (el trabajador) no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, (es) facilitar...que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social...””

“...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 periodo es 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, o 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...””

La referida orientación ha sido justificada recientemente, precisamente en esa vocación de protección universal e integral del Sistema de Seguridad Social.

En la sentencia **SL14388-2015**, se dijo a1 respecto:

“...se repite, la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado hasta encontrar una suerte de solución común a las hipótesis de **omisión en la afiliación**, al sistema de pensiones, guiada por las disposiciones y principios de la que se sostiene frente a situaciones de mora en el pago de los aportes, pues, en este caso, se mantiene la misma línea de principio de que las entidades de seguridad social siguen a cargo del reconocimiento de las prestaciones...””

Más adelante en sentencia **SL 2138 DE 2016 M.PM. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO**, indicó:

“...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.

En segundo lugar, desde el punto de vista fáctico, propio del segundo cargo, si bien es cierto que en un proceso judicial anterior se descartó que el empleador tuviera a su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación, eso no impedía que se concluyera, como lo hizo el Tribunal, que, en todo caso, conservaba obligaciones pensionales que se traducían en la emisión de un cálculo actuarial. Precisamente, la evolución de la jurisprudencia que se mencionó en líneas anteriores ha tendido a establecer que en lugar del reconocimiento de la pensión a cargo del empleador, por períodos de no afiliación, la solución más acorde a los principios y finalidades del sistema de seguridad social es el pago de los tiempos omitidos, a través de cálculos actuariales.

En sentencia **1940 DE 2018 M.P. DONALD JOSE DIX PONNEFZ**, indicó:

“...Por otra parte, para la Corte la solución a situaciones de omisión en la afiliación que se ha venido reseñando resulta eficiente, pues reconocer prioritariamente el trabajo del afiliado, como base de la cotización, a la vez que garantiza el reconocimiento oportuno de las prestaciones, sin resquebrajar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores, con instrumentos como el cálculo actuarial y herramientas de coacción como las que tienen legalmente las entidades de seguridad social.

De igual forma, para la Corte, esta orientación es la respuesta más adecuada a los intereses de los afiliados, pues se les garantiza el pago de sus prestaciones a través de entidades del sistema de seguridad social, que tienen una mayor solidez financiera, vocación de permanencia y estabilidad, a la vez que una menor volatilidad que la que pueden tener determinadas empresas.

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.

Ahora bien, cumple aclarar que aunque, en este caso, el contrato de trabajo culminó el 19 de septiembre de 1985, es decir, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que de acuerdo con el literal c) del art. 33 de la ley en cita, no permitiría su aplicación, este requerimiento fue calificado por esta Sala como innecesario, pues contrariaba los axiomas de la seguridad social, en tanto que la obligación de la afiliación es permanente e incondicional...”

Por último y a modo de demostrar que sigue vigente la tesis planteada en la demanda, reiterando todas las

sentencias incluidas, se menciona la **SENTENCIA SL 2185 DEL 29 DE JUNIO DEL PRESENTE AÑO MP. JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO**. Se ratificó:

“...la tesis que defiende la memorialista tuvo algún asidero antes de la sentencia CSJ SL9856-2014, emitida por esta Corte de Casación, pues a partir de dicho pronunciamiento, la Corporación recogió su anterior doctrina y determinó que el empleador tiene responsabilidad desde el punto de vista financiero por el tiempo en el cual, el asalariado brindó su fuerza de trabajo, independiente de la falta de cobertura del ISS o del llamamiento o inscripción. Posteriormente, en sentencia CSJ SL1356-2019, se dijo que las empresas del sector extractivo, si están obligadas al pago del cálculo actuarial por los periodos anteriores a la fecha de llamamiento a inscripción. en algunos de los pasajes de ésta última...

El problema jurídico que debe desatar la Sala consiste en establecer si la empresa demandada debe asumir el costo del cálculo actuarial del período comprendido entre el 19 de diciembre de 1977 y el 20 de diciembre de 1987, pese a que no estuvo obligada a afiliarse al accionante al ISS durante dicho lapso. Con ese objeto, conviene señalar que a partir del año 2014, la jurisprudencia de esta Sala dejó de lado la teoría que defiende la recurrente en sede del recurso extraordinario. En efecto, desde la sentencia CSJ SL 41745, 16 JUL. 2014, la postura que adoptó esta Corporación, es que **las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones, subsisten aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia...**”.

Ahora, respecto de lo manifestado por la demanda de que el trabajador debe responder por el 25% del cálculo actuarial, se solicita se niegue dicha petición con fundamentos en la sentencia **SL2584 – 2020 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**, en la cual se indicó:

“...tal como quedó expuesto al resolver la anterior acusación, la jurisprudencia de la Sala ha entendido que el lapso en el que debe entenderse que el empleador tenía a su cargo el pago y reconocimiento de pensiones, comprende el período en el trabajador prestó sus servicios sin que se efectuaran cotizaciones y sin importar las razones que generaron tal omisión.

En esa dirección, le corresponde a la Sala dilucidar si la recurrente debe sufragar la totalidad del título pensional o solo una parte del mismo, en el entendido que el trabajador le toca asumir una proporción.

Desde ya, la Sala advierte que el cuestionamiento de la censura no está llamado a prosperar.

La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el ex trabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, así como lo pretende la recurrente..." (PDF 06 Cdno. 02SegundaInstancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el 66 A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada; teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad pues carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los planteados y sustentados en el momento en que se interpuso el recurso de apelación.

Así, se advierte que no fue motivo de reparo alguno, la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo entre las partes, del 15 de enero de 1974 y el 1° de julio de 2011, como se colige de la contestación de la demanda (fls. 1 a 23 PDF 06); y se corrobora entre otros documentos militantes en el expediente, con el contrato (fl. 30 PDF 01); con la certificación laboral expedida el 5 de octubre de 2017 por Jefe de Sección Nómina dirigida a Colpensiones (28 PDF 01). Igualmente se evidencia que el actor fue afiliado al ISS, bajo el número patronal 01-006200073 el 31 de mayo de 1982 (fl. 29 del PDF 01); que, en respuesta al derecho de petición elevado por el demandante, la entidad demandada, le informa: "...La cobertura del Instituto de los Seguros Sociales ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte IVM, inició en las principales ciudades del país a partir del 1° de enero de 1967, y posteriormente se fue extendiendo en forma paulatina al resto de poblaciones, por lo tanto en aquellos sitios donde no existía cobertura por parte del

ISS, tampoco existía obligación legal a cargo de los empleadores de efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social, y en consecuencia, tampoco se le efectuaban deducciones para tales efectos a los empleados. En este caso particular, en la ciudad de Melgar (Tolima), lugar donde el señor JAIME DUSSAN PULECIO prestó sus servicios, se inició dicha cobertura por parte del Instituto de Seguro Social a partir del 01 de Abril de 1982, fecha en la cual el señor Dussan Pulecio fue afiliado y se comenzaron a realizar los aportes para los riesgos anteriormente mencionados. Por tanto, para los periodos anteriores a esta fecha no existía la obligación de realizar aportes al Sistema de Seguridad Social en dicha localidad y tampoco se efectuaron deducciones a los empleados para tales efectos...” (fl. 46 PDF 01); que mediante comunicación No. BZ.2022-11826009 de 24 de agosto de 2022, Colpensiones, señala al requerimiento judicial que le efectuara el juzgado de conocimiento “...luego de revisar la información suministrada por el ISS se pudo identificar que no hay evidencia del llamamiento a inscripción para cotizar por los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte para el municipio de Melgar del Departamento de Tolima...” (PDF 03RecibidoAnexoExpediente, Carpeta ExpedienteAdministrativo).

En ese orden, 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 al actor ante la falta de afiliación a la entidad de seguridad social por no existir cobertura del ISS en el lugar de prestación del servicio, como lo concluyó la juzgadora de primer grado, o por el contrario y tal como lo asevera la recurrente no existe tal obligación para la demandada; de ser afirmativo dicho cuestionamiento; (ii) corresponde a la convocada al proceso el pago del 100% o debe concurrir el trabajador en dicha aportación y; (iii) cual es el salario con el que debe realizarse el respectivo cálculo actuarial.

Entonces, frente al primer cuestionamiento, se debe precisar desde ya, que existe una decantada línea jurisprudencial a partir de la sentencia CSJ SL 9856-2014, radicación No. 41745 de 16 de julio de 2014, en torno a

las consecuencias que supone la no afiliación de los trabajadores a los riesgos de invalidez, vejez y muerte administrados por el entonces Instituto de Seguros Sociales, incluso en aquellos casos en los cuales no existía cobertura, ni obligación de inscripción; siendo el criterio imperante desde dicho pronunciamiento que, los empleadores deben responder por el cálculo actuarial correspondiente a períodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura; postura producto de la evolución normativa y jurisprudencial, reflejada en disposiciones como el artículo 76 de la Ley 90 de 1946; los Decreto 1887 de 1994 y 3798 de 2003; los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 y 9 de la Ley 797 de 2003, en armonía con los principios de la seguridad social de universalidad, unidad e integralidad, como se precisó en la sentencia SL4007-2021, que citó la SL939-2019; por lo que resulta desacertado el entendimiento de la recurrente, al considerar “...pues no había un marco legal que así la obligara...”.

En ese orden de cosas, se debe recordar 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 cual surgía la obligación para el empleador de afiliar a su 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.

Por lo anterior, 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 actuarial.** 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 la cual, la Corporación de cierre, 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 presente asunto la accionada solo vino afiliar al demandante para los riesgos de vejez, invalidez y, sobrevivientes, en mayo de 1982 al Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones, asegurando que en los periodos anteriores dicho INSTITUTO no tenía cobertura en el municipio de Melgar (Tolima) donde desempeñaba sus funciones el demandante, como lo sostuvo desde la contestación de la demanda (fls. 1 a 23 PDF 06) y no desde la vinculación; surge la obligación para BANCOLOMBIA S.A., de reconocer el cálculo actuarial representado en bono o título pensional, del lapso laborado entre el 15 de enero de 1974 al 31 de marzo de 1982, como quiera que solo el pago de los tiempos en que la prestación pensional 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, que es la tesis de la pasiva; cuando justamente la adquisición de este derecho vitalicio se fundamenta en la suma de cotizaciones al sistema durante el tiempo realmente laborado.

En efecto, el literal d) del párrafo 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...”.

Es así, que la máxima Corporación, en sentencia SL4328 de 2021, radicación No. 75825 de 11 de agosto de 2021, reiteró que, para convalidar ese incumplimiento en el deber de afiliación, lo que procede es el pago del cálculo actuarial por parte del empleador omiso, en los términos del literal d) del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para lo cual, trajo a colación lo adoctrinado en la SL2475-2018, en la cual, al respecto, se consideró:

“(...) la jurisprudencia actual de esta Corporación viene sosteniendo que este tipo de eventualidades deben ser asumidas por el sistema de seguridad social, en virtud de las normas vigentes al momento del cumplimiento de los requisitos, que han dispuesto tener como válidos los tiempos servidos a empleadores que por omisión no hubieren afiliado al

trabajador o los tiempos servidos a un empleador que, antes de la Ley 100 de 1993, tenía a su cargo la pensión, a condición de que el patrono traslade con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente del trabajador, a satisfacción de la entidad administradora, representado por un bono o título pensional.

En la providencia SL2731-2015, la Corte asentó:

Frente a tales reflexiones, esta Sala de la Corte se ha orientado a determinar que las normas que pueden contribuir a resolver esas hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que se afecte su estabilidad financiera.

Un claro ejemplo de ello son las previsiones contenidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, conforme con las cuales deben tenerse en cuenta como tiempos válidos para la pensión de vejez, entre otros, «...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...», así como «...el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.» Todo ello, con la previsión de que «...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»...”.

En ese orden de ideas, contrario a lo argumentado por la recurrente, 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 Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, el capital correspondiente desde el inicio del contrato de trabajo hasta la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones -15 de enero de 1974 al 31 de marzo de 1982-, con base en el cálculo actuarial, 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, solicita la recurrente se tenga en cuenta lo previsto en las sentencias de tutela de la Corte Constitucional (784-2010, 712-2011 y 492 de 2013); última decisión, que ordena la concurrencia en el pago de las cotizaciones necesarias para acceder al beneficio pensional, esto es del empleador (75 %) y del trabajador (25 %), por cuanto no hubo culpa alguna del primero al no realizar los aportes en su momento; debe indicarse que no es factible acceder a ello, habida cuenta que, el precedente jurisprudencial de la máxima Corporación de cierre de la justicia ordinaria, que se torna de obligatorio cumplimiento para los jueces del trabajo, dado su carácter vinculante, considera, que *“...el cálculo actuarial no es una proyección de aportes de períodos anteriores como si se estuviera frente a una mora en la cotización, sino que equivale a una parte del capital necesario para financiar una pensión por el tiempo trabajado...”* (Sent. CSJ SL4007-2021); por lo que no es procedente que se distribuya en los términos de la sentencia de tutela referida, que además es una decisión inter partes.

En dicho pronunciamiento, además, la Corte citó lo adoctrinado sobre este aspecto puntual en sentencia SL2584-2020, en la que se precisó:

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

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.

Además, el parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la misma,

para lo cual «el empleador o la caja» deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador.

En efecto, la referida disposición dispone «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.

Así las cosas, para la Sala, el Tribunal no se equivocó al avalar la condena por concepto de cálculo actuarial y su pago a cargo del empleador...”.

Bajo ese contexto, no es factible acceder a lo pretendido por la recurrente, habida cuenta que, se reitera, el valor que debe trasladar el empleador representa parte del capital que se necesita para financiar la pensión del trabajador en el Sistema General de Pensiones, proporcional al tiempo durante el cual recibió el servicio cuando tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la prestación, pues durante ese interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo siendo el único responsable del riesgo pensional.

Respecto a los salarios para obtener el cálculo respectivo, dispuso la operadora judicial que el mismo se obtenía con el devengado por el demandante en el lapso reclamado, sin que en el expediente aparezca acreditado tal concepto, esto es lo percibido por el demandante entre los años 1974 a 1982, ya que solo figura el contrato de trabajo, en el que se pactó como salario mensual la suma de \$960.00 (fl. 30 PDF 01); siendo dicho monto el que se debe tener en cuenta respecto del año 1974 y, dado que, como se dijo, no quedo determinado el valor devengado para cada uno de los restantes períodos de los cuales se reclaman los aportes -15 de enero de 1974 al 31 de marzo de 1982, carga de la prueba que competía a la parte actora (Art. 167 del CGP y 1757 del CC) y que no cumplió; se tomará para tal efecto, el mínimo legal de cada uno de los años subsiguientes,

esto es del 1° de enero de 1975 al 31 de marzo de 1982, pues legalmente no puede devengarse menos de dicho monto.

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, por tanto, se modificará la decisión apelada; reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en la alzada.

Sin costas en la instancia, dado que prosperó parcialmente el recurso.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot - Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JAIME DUSSAN PULECIO** contra **BANCOLOMBIA S.A.**, que dispuso tener en cuenta el salario devengado por el demandante para efectos del pago de los aportes a pensión del período allí mencionado a través del cálculo actuarial, para que la respectiva liquidación se efectúe con un salario de \$960.00 para el año 1974, y del lapso comprendido entre el 1° de enero de 1975 y el 31 de marzo de 1982, con el salario mínimo legal mensual de cada anualidad, conforme lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada, en lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, por no encontrarse causadas

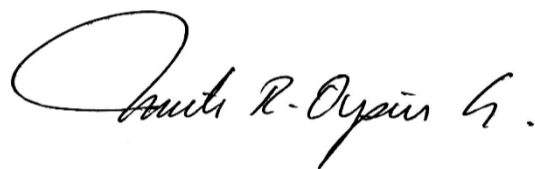
CUARTO: En firme esta providencia, y sin necesidad de orden judicial adicional, devuélvase el expediente al juzgado de origen, para lo de su cargo.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS MEDIANTE EDICTO, Y CUMPLASE



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria