

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 22-2018-026-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CARLOS EUDORO GÓMEZ

DEMANDADO: EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor NICOLÁS RAMÍREZ MUÑOZ, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PRIMAX COLOMBIA S.A., revisa la Corporación el fallo proferido el 3 de agosto de 2020 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido para presentar alegaciones, fueron remitidas alegaciones por parte de las demandadas Primax Colombia S.A., Porvenir S.A., y Colpensiones, entidad esta última que solicita se confirme su absolución.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS EUDORO GÓMEZ, por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE que el empleador Exxonmobil de Colombia SA., hoy PRIMAX COLOMBIA S.A., debe reconocer y pagar a órdenes de Porvenir S.A., el cálculo actuarial a su favor por el periodo laborado entre el 2 de agosto de 1976 al 9 de marzo de 1986, que esta AFP debe generar el correspondiente cálculo a nombre de Exxonmobil por el periodo en mención. Solicita de manera subsidiaria se declare que su empleador Exxonmobil debe reconocer y pagar a Colpensiones el cálculo actuarial mencionado, previa generación de este por parte de dicha entidad de seguridad social. Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Exxonmobil de Colombia S.A. a pagar a favor de Porvenir el cálculo actuarial por los extremos temporales señalados y de manera subsidiario se ordene dicho pago a favor de Colpensiones. (fls. 45 y 46).

Fundamentó sus pretensiones afirmando que nació el 7 de mayo de 1956, que sostuvo una relación laboral con Exxonmobil de Colombia S.A., desde el 2 de agosto de 1976 al 9 de marzo de 1986, que dicha sociedad omitió pagar las prestaciones del demandante tales como cesantías, interés a la cesantía, vacaciones y prima de servicios correspondientes al lapso temporal señalado, que elevó reclamación ante la sociedad en mención el 4 de mayo de 2017 solicitando el pago de dicho cálculo actuarial, a lo que el 1 de junio de 2017, negó su solicitud indicando que para la fecha del vínculo laboral no existía obligación de afiliar a los riesgos de IVM.

Afirma que si bien las empresas del Petróleo no estaban llamadas a afiliar a sus trabajadores al ISS, sí tenían que haber efectuado los aprovisionamientos de los aportes pensionales, que por tal omisión de su empleador se le está generando un perjuicio grave frente a sus expectativas pensionales, que solicitó ante Porvenir SA. y Colpensiones elaboración de cálculo actuarial en el 2017. (fls. 46 y 47).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada Exxonmobil de Colombia, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 2, y 3, manifestó no constarle los No. 12 y 13 y negó los demás.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, pago, prescripción y buena fe. (fl. 79)

La demandada Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1 y 13, negó el No. 9 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, carencia de causa para demandar, compensación y prescripción. (fl. 217)

La demandada PORVENIR S.A., no se opuso ni se allanó a las pretensiones; aceptó los hechos contenidos en los numerales 1 y 12 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, y enriquecimiento sin causa. (fl. 263)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: ORDENAR al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR al cual se encuentra afiliado el demandante a realizar el respectivo cálculo actuarial conforme el decreto 1887 de 1994, por concepto de aportes para pensión, por el periodo comprendido entre el 2 de agosto de 1976 al 9 de marzo de 1986.

SEGUNDO: CONDENAR a PRIMAX COLOMBIA S.A., a pagar el valor de cálculo actuarial por concepto de los aportes pensionales en el porcentaje que como empleador le corresponde debidamente indexado, junto con los intereses si a ello hubiere lugar ante Porvenir S.A.

TERCERO: ORDENAR a Porvenir S.A., proceda a registrar en la historia laboral del demandante las semanas correspondientes a los periodos cotizados entre el 2 de agosto de 1976 al 9 de marzo de 1986.

CUARTO: ABSOLVER a Colpensiones de las pretensiones invocadas en su contra. (...). (fl.297).

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez en síntesis que hoy había ofrecido reparo el vínculo laboral del actor con la entonces Exxonmobil e Colombia entre el 2 de agosto de 1976 al 09 de marzo de 1986, circunstancia que fuera aceptada por esa demandada en escrito de contestación y se corroboraba con certificación visible a folios 13 y 14 del expediente; asimismo

tampoco había ofreció reproche que durante dicho lapso temporal, la hoy Primax Colombia S.A., no afilió ni efectuó aportes al sistema de seguridad social en pensiones debido a la falta de cobertura por parte del ISS en el municipio donde laboraba el actor.

Señaló que frente a la falta de afiliación por no cobertura del ISS, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia había reiterado que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores a pesar de que no actuaran de manera injuriosa al dejar de inscribirlos a la Seguridad Social en pensiones, que en ese sentido esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura estaban a cargo del empleador por mantener en cabeza suya el riesgo pensional de sus trabajadores y que la manera de concretar esa responsabilidad es mediante el traslado del capital a la entidad de seguridad social, de conformidad con ellos se tiene entonces que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de Seguridad Social por falta de cobertura del ISS tenía a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a ellos por dichos períodos porque en esos momentos estaba bajo su responsabilidad tal y como lo disponía la ley 90 de 1946 y el artículo 260 del CST, hasta tanto entrara en cobertura total el ISS, debiendo el empleador asumir esa obligación de cubrir los aportes pensionales por el tiempo laboral a través del pago del cálculo actuarial a satisfacción de la entidad de Seguridad Social a la cual se encuentra afiliado el demandante en aras de que dicho valor se compute con la convalidación de tiempos como las cotizaciones realizadas y se garantice el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

Señaló que de igual forma, la jurisprudencia de Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia había indicado que el pago del cálculo actuarial a cargo del empleador se justifica porque sería inequitativo e injusto que su omisión generara un perjuicio al trabajador y se afectara su expectativa pensional, máxime cuando la obligación estuvo a cargo de aquel y además porque ello no resquebrajaba la estabilidad financiera del sistema toda vez que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de Seguridad Social, no siendo de por la justicia está bien no la recibo el argumento según el cual la vigencia del contrato de trabajo al momento de entrar a regir la ley de Seguridad Social es condición necesaria para que opere la convalidación de tiempo servicios en los términos del literal

C el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 del año 2003, pues desde las sentencias SL 42398 de 2013 y SL646 del 2013 la Corte ya había justificado inaplicar ese condicionamiento por ser contrario a los postulados de la Seguridad Social; en ese orden el empleador debe responder con el traslado a la entidad pensional del valor del cálculo actuarial liquidado en la forma indicada en el Decreto 1887 de 1994 a satisfacción de la entidad que recibe, bajo ese panorama se tiene que las razones otorgadas por la sociedad demanda no tenían la virtualidad suficiente para entender exonerada a la misma de su obligación de afiliación y pago de aportes a favor de su trabajador en su calidad de empleador, habiendo lugar a condenarla al pago de cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 02 de agosto de 1976 al 9 de marzo 1986 el cual tal y como se había acreditado al interior del proceso fue efectivamente laborado por el actor.

Señaló respecto al fondo pensional al que le correspondía elaborar el cálculo actuarial ordenando que era Porvenir S.A., fondo al que se encontraba afiliado el demandante y si bien había estado afiliado al ISS, también se demostraba que se había traslado al RAIS el 19 de enero del año 2000 efectuando diferentes traslados entre fondos de ahorro individual el último de los cuales había tenido lugar el 16 de septiembre de 2010 a Porvenir por lo que se encontraba a cargo de este último realizar el cálculo ordenado. Afirmó que si bien jurisprudencialmente en casos de imposibilidad de afiliación se había precisado la posibilidad de la concurrencia tanto del empleador y del trabajador para el pago de sus cuotas partes a efectos de constituir el cálculo actuarial respectivo también lo era que para el caso del actor no se podía predicar que tal omisión obedeció a la falta de cobertura del ISS e imponerle tal carga al trabajador resultaría inequitativo máxime cuando aquel ya de por sí se enfrenta a la posible pérdida de su derecho personal por una circunstancia ajena a su voluntad, ya que la obligación de cotizar estaba a cargo del empleador como lo disponía el artículo 260 del CST y la Ley 90 de 1946 ley en cita por el cual se estableció el Seguro Social obligatorio mismo conforme al cual no se eximió al trabajador de su responsabilidad de concurrir al pago de aportes al sistema de pensiones, a su turno, el Decreto 433 de 1971, señalaba en el artículo 33 la obligación del patrono de entregar la totalidad de la cotización a la correspondiente caja seccional u oficina seccional, el que comprendía su propio aporte como el de sus empleados.

Señaló por lo anterior que la demandada hoy denominada Primax de Colombia SA debía cancelar los aportes en el porcentaje que por ley le corresponde debidamente indexados más el pago de los intereses si a ello hubiere lugar, para lo cual, se debía ordenar a Porvenir S.A., la elaboración del mismo y la actualización de la historia laboral del actor, una vez sufragado el valor del cálculo por parte del empleador.

Indicó por último respecto de la excepción de prescripción que el pago del cálculo actuarial era imprescriptible ya que hacía parte de los aportes que formarían el capital indispensable para el reconocimiento de la pensión.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló la demandada PRIMAX COLOMBIA S.A.**, señalando que el fallo desconocía que para el momento en que existió la relación laboral entre el demandante y la sociedad en mención, no existía obligación de afiliar o de efectuar el pago de aportes consecuentemente tampoco existe la obligación de efectuar descuento alguno por concepto de pago de aportes del entonces trabajador con destino al Instituto de seguros sociales como tampoco surgía obligación a su cargo de hacer el traslado del capital incluso de provisión con destino a financiar una eventual pensión del demandante, por el contrario en ese momento la normatividad vigente, artículo 72 de la Ley 90 el 46 establece expresamente que en materia de los riesgos invalidez vejez y muerte para el sector petrolero sector al que pertenece la sociedad, continuarían vigentes las normas que en ese momento regulaban el tema de los riesgos de invalidez vejez y muerte, es decir lo dispuesto por el artículo 60 del CST que dejaba a cargo de la empleadora la obligación de asumir esos riesgos.

Solicitó en caso tal de que no acceder a la absolución modificar la condena en el sentido de involucrar al demandante en el pago del cálculo actuarial, ya que debía asumir su obligación de participar en la financiación de su pensión conforme lo prevé el artículo 20 de la ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no ofreció reparo la prestación del servicio del actor a favor de la hoy denominada PRIMAX COLOMBIA S.A., por el periodo comprendido entre el 2 de agosto de 1976 al 9 de marzo de 1986, lo que se corrobora con la certificación laboral expedida por la entonces EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., visible a folio 13 del plenario.

Tampoco fue objeto de reproche que durante la vigencia de la relación laboral demostrada, el actor no tuvo cobertura para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por cuanto como en efecto lo señala el recurrente, para los extremos temporales antes señalados, esa demandada no estaba llamada a afiliar a sus trabajadores al ISS; al respecto, procede señalar a esta parte que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Alta Corporación, que en reciente pronunciamiento SL 1551 del 10 de marzo de 2021, reiteró criterio según el cual, en los casos de falta de afiliación a los riesgos de vejez, invalidez y muerte previa cobertura por parte del Instituto de los Seguros Sociales, estaba en cabeza del empleador, asumir la reserva para el cubrimiento de los mismos y de no haberlo hecho le correspondía efectuar el pago del cálculo actuarial a que haya lugar, así lo indicó en dicho pronunciamiento:

*En primer lugar, es verdad que para la fecha en la que se desarrollaron los diversos vínculos laborales del actor, el Instituto de Seguros Sociales no había extendido su cobertura sobre las empresas del sector del petróleo, como la demandada, lo que solo vino a darse a partir del 1 de octubre de 1993, por medio de la Resolución n.º 4250 de 1993. **No obstante, ante dicha realidad, esta Sala de la Corte ha concluido que los empleadores, no obligados a realizar la inscripción, conservaban en todo caso obligaciones pensionales a su cargo, fruto de la imposibilidad de subrogación del riesgo, que se podían traducir en el reconocimiento de la pensión de jubilación o, en últimas, en el pago de los aportes correspondientes al tiempo servido y no afiliado, por medio de cálculos actuariales, en los términos definidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.***

En la sentencia CSJ SL14388-2015, esta Sala advirtió al respecto que:

[...] a partir de sentencias como las CSJ SL9856-2014 y CSJSL17300-2014, la Corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a dichas eventualidades, a la vez que definió, entre otras cosas, i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al 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 «...en 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.»

Ha determinado también la Corte que esa obligación no solo emana de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, como la concebida en el artículo 33, sino que encuentra arraigo en el mismo artículo 76 de la Ley 90 de 1946, de manera que no

es cierto que, como lo dedujo el Tribunal, para la fecha de suscripción del acuerdo conciliatorio – 22 de septiembre de 1994 -, no existiera norma que permitiera el traslado de los aportes correspondientes a periodos en los que no se registró la afiliación, por medio de cálculo actuarial, pues esa regla puede entenderse establecida antes y después de la entrada en vigencia del sistema integral de seguridad social.

En sentencias como la CSJ SL939-2019, CSJ SL4334-2019 y CSJ SL1122-2019, entre otras, esta Sala ha recalcado que, como lo reclama la censura, la referida carga pensional emana de la misma Ley 90 de 1946 y concretamente de la obligación establecida para los empleadores de aprovisionar los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones pensionales causadas por la falta del inicio de cobertura del ISS, que se había visto reforzada por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Las mismas consideraciones han sido realizadas específicamente frente a empresas del sector petróleo en las sentencias CSJ SL3892-2016, CSJ SL835-2018, CSJ SL1122-2019 y CSJ SL1356-2019, entre muchas otras. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, contrario a lo señalado por la recurrente también en sus alegaciones, estaba en cabeza del empleador asumir el riesgo pensional de sus trabajadores, cuando no estaba llamado a efectuar cotizaciones en favor de estos a entidad de seguridad social alguna, no quedando otro camino que el cubrimiento de la contingencia de vejez a su cargo, mediante cálculo actuarial, no pudiéndose desconocer la prestación del servicio del demandante de la que deriva la obligación de salvaguardar su derecho a adquirir prestación pensional y si bien como lo señala la recurrente, para la data en que tuvo lugar la relación laboral demostrada, la asunción del riesgo pensional, se encontraba en cabeza del empleador, lo cierto es que en el caso del actor, la demandada no le otorgó derecho pensional alguno en los términos del entonces vigente artículo 260 del CST, no pudiéndose desconocer, se itera, los periodos laborados por este a favor de la demandada para construir la prestación pensional conforme la normatividad ahora vigente.

Ahora, en cuanto a la proporción en que se debe efectuar el pago del cálculo actuarial a que se condenó, contrario a lo señalado por la recurrente, debe ser asumido en su totalidad por el empleador del actor para el periodo laborado, hoy PRIMAX DE COLOMBIA S.A., como quiera que la Sala Laboral de la Corte ha precisado, claramente, que el trabajador no participa como deudor en la obligación de pagar el cálculo actuarial por los tiempos durante los cuales no hubo una afiliación al Sistema de pensiones (sentencias SL 2584-2020, SL4921-2001, SL3867-2021 entre otras), siendo pertinente **modificar** el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida para en su lugar

indicar que el pago del cálculo allí ordenado corresponde en su totalidad a la demandada en mención.

De igual manera, **adicionará** el numeral PRIMERO de sentencia recurrida en el sentido de indicar que para la elaboración del cálculo actuarial objeto de condena, deben observarse los salarios probados en el trámite procesal como devengados por el actor durante la vigencia de la relación laboral descritos en certificación visible a folio 13 del plenario.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

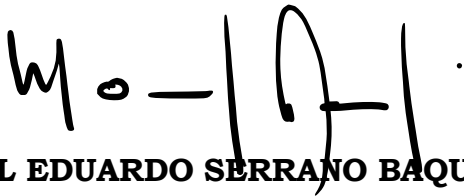
PRIMERO: ADICIONAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, en el sentido de indicar que para la elaboración del cálculo actuarial allí descrito, deben observarse los salarios probados en el trámite procesal como devengados por el actor durante la vigencia de la relación laboral descritos en certificación visible a folio 13 del plenario.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de señalar que el valor del cálculo actuarial objeto de condena debe ser sufragado en su totalidad por la demandada PRIMAX DE COLOMBIA S.A., conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO