

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

SENTENCIA LABORAL.

07 de marzo de 2022

Aprobado mediante acta N° 30 del 03 de marzo de 2022

RAD:20-001-31-05-001-2018-00185-01 Proceso ordinario laboral promovido por ANTONIO GONZÁLEZ OROZCO contra COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR Y LA GUAJIRA - COOTRACEGUA Y OTROS

1. OBJETO DE LA SALA.

En aplicación del decreto 806 del 4 de junio de 2020, en su artículo 15, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ, JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ** y **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir sobre las apelaciones en contra de la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

2.2. HECHOS

2.2.1 El señor ANTONIO GONZÁLEZ OROZCO laboró para la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR Y LA GUAJIRA "COOTRACEGUA", como Auxiliar de Pasajes la cual desarrolló desde el 01 de octubre de 1983 hasta el 14 de noviembre de 1984 y durante todo el tiempo laborado para la Cooperativa, ésta no le cotizó al Sistema General de Pensiones el tiempo que corresponde a 54.14 semanas.

2.2.2 El señor ANTONIO GONZÁLEZ OROZCO laboró para BANCOLOMBIA S.A. en el cargo de Archivero el cual ejecutó en el municipio de Ciénaga desde el 09 de octubre de 1961 hasta el 06 de julio de 1963 y durante todo el tiempo laborado

para Bancolombia S.A., ésta no le cotizó al Sistema General de Pensiones el tiempo que corresponde a 90.71 semanas.

2.2.3 El señor ANTONIO GONZÁLEZ OROZCO laboró para BAVARIA S.A. - CERVECERÍA AGUILA en el cargo de ayudante de patios el cual desarrolló desde el 17 de enero de 1964 hasta el 10 de febrero de 1968 y durante todo el tiempo laborado para BAVARIA S.A., ésta no le cotizó al actor al Sistema General de Pensiones el tiempo que corresponde a 211.99 semanas.

2.2.4 Como quiera que la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR Y LA GUAJIRA "COOTRACEGUA", BANCOLOMBIA S.A. y BAVARIA S.A. -CERVECERÍA AGUILA omitieron cotizarle en los tiempos enunciados anteriormente, estas deberán trasladar a Colpensiones el título pensional contentivo del cálculo actuarial correspondiente.

2.2.5 El señor ANTONIO GONZÁLEZ OROZCO tiene derecho a la Pensión de Vejez por haber cumplido con el tiempo de cotización y edad, solicitó esta garantía la cual le fue negada.

2.3. PRETENSIONES

2.3.1 Que se declare que entre el señor ANTONIO GONZÁLEZ OROZCO y los demandados existió un contrato de trabajo así:

- ✓ Con el demandado COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR Y LA GUAJIRA "COOTRACEGUA" desde el 1 de octubre de 1983 hasta el 14 de noviembre de 1984.
- ✓ Con el demandado BANCOLOMBIA S.A. desde el 9 de octubre de 1961 hasta el 6 de julio de 1963.
- ✓ Con el demandado BAVARIA S.A. - CERVECERÍA AGUILA desde el 17 de enero de 1964 hasta el 10 de febrero de 1968.

2.3.2 Como consecuencia de la anterior declaración ordene la emisión de los títulos pensionales por los tiempos laborados y no cotizados por las aquí demandadas y correspondientes a los siguientes tiempos:

- ✓ A la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR y LA GUAJIRA "COOTRACEGUA" desde el 1° de octubre de 1983 hasta el 14 de noviembre de 1984, tiempo que asciende a 54.14 semanas o las que resulten probadas.
- ✓ A BANCOLOMBIA S.A. desde el 9 de octubre de 1961 hasta el 6 de julio de 1963, tiempo que asciende a 90.71 semanas o las que resulten probadas.
- ✓ A BAVARIA S.A. - CERVECERÍA AGUILA desde el 17 de enero de 1964 hasta el 10 de febrero de 1968, tiempo que asciende a 211.99 semanas o las que resulten probadas.

2.3.3 Que la emisión de los títulos pensionales sea con los intereses moratorias.

2.3.4 Que se conmine a COLPENSIONES a recibir los títulos pensionales a satisfacción.

2.4 CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante, por carecer de fundamentos de orden legal y fáctico en contra de Colpensiones, debido a que todas las pretensiones están dirigidas a un tercero ajeno a la entidad, por lo cual se abstienen de hacer pronunciamiento alguno. Le corresponde a COOTRACEGUA, BANCOLOMBIA S.A. y a BAVARIA S.A., reconocer o no la emisión de los títulos pensionales de los tiempos laborados y no cotizados a favor del demandante.

Propone como excepciones de mérito las siguientes: *“Falta de legitimización en causa por pasiva, prescripción, buena fe y innominada o genérica”*.

BANCOLOMBIA S.A.

Advierten que no existe controversia respecto de la existencia del vínculo laboral con el demandante entre el periodo 09-10-1961 a 06-07-1963, se opusieron a la prosperidad de la pretensión toda vez que Bancolombia S.A., no está obligada a constituir títulos pensionales por el periodo reclamado 09-10-1961 a 06-07-1963, dado que no se está frente a un caso de omisión de afiliación al trabajador al ISS para los riesgos de IVM, sino que para la data no había obligación de afiliación al demandante y mucho menos de efectuar cotización alguna para la cobertura de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, por cuanto esta cobertura estaba inicialmente en cabeza de los empleadores.

La cobertura para los riesgos de IVM, por parte del ISS inició en el país de manera paulatina a partir del 01-01-1967, es decir aproximadamente más de tres años después de haber fenecido el vínculo laboral del actor, por ende no puede atribuírsele a Bancolombia S.A. una responsabilidad no prevista en la ley, por un hecho no imputable a ésta, como es la falta de afiliación de trabajadores al Instituto de Seguros Sociales de pago de cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, durante un lapso en el que no había iniciado en ninguna parte del país la cobertura para los riesgos de IVM por parte del ISS, por ello la pretensión no debe prosperar, además manifiestan que no han actuado de mala fe, toda vez que si no se realizaron aportes, no obedeció a una omisión, sino a la falta de cobertura de los riesgos de IVM por parte del ISS.

Propone como excepciones de mérito las siguientes: *“Inexistencia de la obligación, carencia de derecho, cobro de lo no debido, ausencia de cobertura por parte del ISS para los riesgos de IVM en el periodo 09-10-1961 a 06-07- 1963, prescripción, genérica, imposibilidad jurídica y física de afiliarse y pagar cotizaciones y inexistencia de omisión en la afiliación del demandante al ISS”*.

BAVARIA S.A. - CERVECERÍA AGUILA

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues éstas carecen de todo fundamento legal y jurídico y no corresponden a lo verdaderamente ocurrido en la relación laboral entre el accionante y BAVARIA S.A., no es objeto de declaratoria por parte del despacho la existencia de un contrato de trabajo con BAVARIA S.A. desde el 17 de enero de 1964 al 10 de febrero de 1968, pues se encuentra probado en el proceso y es aceptado por la demandada.

Para la fecha en que el accionante exige el pago de aportes pensionales, el ISS no se encontraba en vigencia en Barranquilla, el ISS inició a funcionar gradualmente en el país, que, para el caso de Barranquilla, lugar en donde se ejecutó el contrato de trabajo del demandante, el ISS sólo comenzó a funcionar a partir del 2 de diciembre de 1968, es decir, casi 10 meses después de la fecha en que terminó la vinculación laboral del actor con mi mandante, esta es el 10 de febrero de 1968.

Durante la vigencia del vínculo contractual, tampoco se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, por lo que la demandada no estaba en la obligación de realizar una reserva actuarial a favor del accionante, toda vez que su contrato de trabajo no estaba vigente al momento en que empezó a regir la citada Ley (1º de abril de 1994).

Imponer la obligación de realizar el pago de un título pensional, en un período de tiempo para cuando no existía tal obligación, es contrario a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, es el Estado es el llamado a responder por el pago de los aportes pensionales solicitados por el demandante, además Colpensiones ha omitido el cobro de los mismos y dicha acción se encuentra prescrita.

Propone como excepciones de mérito las siguientes: *“Inexistencia de la obligación, prescripción, compensación y no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”*.

COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR Y LA GUAJIRA "COOTRACEGUA"

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, basándose en que el señor ANTONIO GONZÁLEZ OROZCO, estuvo vinculado a través de un contrato individual de trabajo a término indefinido con la Cooperativa desde el 1° de octubre del año 1983 hasta el 14 de noviembre del año 1984, el actor fue afiliado por concepto de pensión y se le cotizo al sistema general de pensiones en el Instituto de los Seguros Sociales, hoy en día ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

En el evento que la Cooperativa no haya cancelado los aportes por concepto de pensión al demandante, Señor ANTONIO GONZALEZ OROZCO, es al Instituto de los Seguros Sociales, hoy en día ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, quien debe asumirlos, por encontrarse estos prescriptos y no haberlos cobrados ni judicial ni extrajudicialmente a la demandada.

Para el interregno laborado por el actor en la Cooperativa, no era obligatorio las cotizaciones por concepto de pensión y estas estaban bajo el fenómeno de la prescripción al no reclamarse dentro de los tres años siguientes.

Propone como excepciones de mérito las siguientes: *“Cobro de lo no debido, buena fe de la demandada, mala fe del demandante, prescripción y innominada”*.

2.5 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

2.5.1 Se condenó a la empresa Bancolombia S.A. con NIT. 89093938_8, a pagar el título pensional correspondiente al valor de la reserva actuarial o calculo actuarial a favor del señor ANTONIO GONZALEZ OROZCO, por el periodo comprendido entre el 9 de octubre de 1961 al 6 de junio de 1963.

2.5.2 Se condenó a la empresa BAVARIA S.A. con NIT. 860005224_6, a pagar el título pensional correspondiente al valor de la reserva actuarial o calculo actuarial a favor del señor ANTONIO GONZALEZ OROZCO, por el periodo comprendido entre el 17 de enero de 1964 al 10 de febrero de 1968.

2.5.3 Se condenó a la empresa COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR Y LA GUAJIRA "COOTRACEGUA" con NIT. 892300365_7, a pagar el título pensional correspondiente al valor de la reserva actuarial o cálculo actuarial a favor del señor ANTONIO GONZALEZ OROZCO, por el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1983 al 14 de noviembre de 1984.

2.5.4 Se condenó a costas a BANCOLOMBIA S.A., BAVARIA S.A., y COOTRACEGUA. Tásense por Secretaría.

2.5.5 Se declararon no probadas las excepciones de mérito presentadas por las razones expuestas.

2.5.6 COLPENSIONES deberá determinar el valor del cálculo o reserva actuarial que constituirá cada una de las demandadas, y recibirlo y abonarlo a la cuenta pensional del señor ANTONIO GONZALEZ OROZCO, para que se incluya el tiempo laborado como aportes realizados.

2.6. PROBLEMA JURIDICO ABORDADO POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.

“Determinar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y las demandadas”

“Determinar la constitución del cálculo actuarial por el tiempo laborado por el actor en dichas entidades”

Indica el juzgado que en el expediente se encuentran las certificaciones que acreditan que el actor estuvo vinculado desde el 9 de octubre de 1961 al 6 de julio de 1963 laboró en Bancolombia y desde el 17 de enero de 1964 al 10 de febrero de 1968 en Bavaria, la demandada Cootracegua aceptó como cierto el hecho 3 de la demanda, es decir que el actor laboró en esa empresa desde el 1 de octubre de 1983 hasta el 14 de noviembre de 1984 por lo tanto el juzgado declaró el contrato de trabajo solicitado en la demanda.

En cuanto a la constitución del cálculo actuarial del tiempo laborado por el actor en dichas entidades el juzgado precisa que la seguridad social en Colombia antes de 1945 no existía como sistema debido a que en esa época había una dispersión normativa caracterizada por la expedición de normas desorganizadas, fue a partir de la ley 6 de 1945 y la ley 90 de 1946 que se inició un periodo de organización en la seguridad social hasta el año 1967 cuando empezó la etapa de expansión y ampliación en el rango de protección, solo en el año de 1993 se creó en Colombia e sistema de seguridad social integral que tiene entre sus principios la universalidad.

En lo atinente al tema pensional se estableció en el CST una prestación a cargo del empleador llamada pensión de jubilación, prestación que obligaba al patrono pagar la pensión de jubilación a los trabajadores que cumplieran 20 años de servicios continuos o discontinuos y la edad mínima que establece la ley, según la norma esa obligación iría hasta la creación de un seguir social el cual sustituiría al

empleador en la obligación de la prestación pensional y abrogaría los riesgos de vejez, invalidez, muerte, enfermedad general, maternidad y riesgos profesionales de todos los trabajadores, en ese sentido se expidió la ley 90 de 1946 que instituyó el seguro social obligatorio para la protección de todos los individuos que prestaran sus servicios a otra persona natural o jurídica y creo para su administración o manejo al instituto de seguros sociales, entidad que debía recibir aportes de los empleadores esta ley dispuso que la implantación del ISS seria de manera gradual y progresiva, estableció que las prestaciones que venían

causándose a cargo del empleador se seguirían rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las fuera asumiendo.

Desde 1946 existía la obligación de hacer los aportes por parte del empleador al ISS para contribuir con el pago de la pensión de vejez del trabajador, así las cosas, el seguro de vejez reemplazo la pensión de jubilación a cargo del empleador de manera gradual hasta que el ISS subrogara el pago de las pensiones acorde con la financiación en las que participaban trabajadores, empleadores y el estado.

En ese orden de ideas según el CST la obligación pensional quedó temporalmente a cargo del empleador debido a que el ISS aun no asumiría la cobertura de riesgos de invalidez, vejez y muerte. Luego el acuerdo 224 de 1966 aprobado por el decreto 3041 de 1966 desarrollo las predicciones de los antes mencionado, dispuso que los empleadores serian total mente subrogados por el ISS en la obligación de pagar la pensión en los casos de los trabajadores que no habían cumplido 10 años de servicio y los que comenzaran a trabajar después del momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS, de manera que el empleador debía pagar integralmente la pensión pero continuaría con el pago de cotizaciones al ISS hasta que el trabajador cumpliera con los requisitos mínimo exigidos para pensión de vejez, a partir de ese momento la obligación del empleador se reduciría a pagar la diferencia que llegare a existir entre las dos pensiones.

Al expedirse la ley 100 de 1993 en Colombia el ISS asumió de manera definitiva la responsabilidad del sistema pensional colombiano en el régimen de prima media con prestación definida y el empleador quedo con la única obligación de hacer los aportes al sistema en el porcentaje indicado por la ley.

Como en la vigencia de los periodos laborales no hubo llamamiento a inscripción y dicha cobertura inicio después de extinguirse el vínculo laboral, el empleador debe reconocer un título pensional a favor de su extrabajador a fin de que tales tiempo se computen para una eventual pensión de vejez, según la corte lo anterior no

implica la imposición de una obligación por fuera de la ley si no busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS especialmente tratándose de periodos efectivamente laborados y que como tales deberían tenerse en cuenta para efectos pensionales, por lo anterior cuando no fue posible la afiliación lo pertinente es que el empleador pague el título pensional para que se integre el capital que se requiere el otorgamiento de la pensión de vejez.

Condenó el juzgado a la demandada Cootracegua debido a que la obligación del empleador es inscribir y pagar las cotizaciones del trabajador y esta no cumplió con la carga probatoria que le correspondía por eso es condenado a cumplir con dicho deber, y en cuanto a Bavaria y Bancolombia también fueron condenados debido a que la razón que mencionan para justificar el no pago de las cotizaciones no es válido por cuanto si bien es cierto que no había cobertura en los lugares en los que laboró el demandante a favor de las demandas, si tenían a su cargo la obligación pensional consagrada por el art 259 del CST y ello les implica contribuir con la construcción de la pensión de vejez del actor constituyendo el título pensional denominado calculo actuarial que corresponde a tiempo servido y dejado de cotizar.

2.7 RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANDA BAVARIA S.A.

Puntos en los que no estuvo de acuerdo con la sentencia la parte accionada:

✓ Con la decisión respecto del cálculo actuarial, pues no debe concederse porque durante la vigencia del contrato de trabajo el actor prestó el servicio en la ciudad de barranquilla donde no había cobertura del ISS, si no hasta el 2 de diciembre de 1968 empezó el ISS en la ciudad de Barranquilla es decir 10 meses después de la fecha en que termino la vinculación laboral del actor con Bavaria S.A., por eso no se le puede imponer una condena debido a que cuando se celebró el contrato entre las partes no existía norma que obligara a la demandada a pagar aportes de pensión.

PARTE DEMANDANDA BANCOLOMBIA S.A.

Puntos en los que no estuvo de acuerdo con la sentencia la parte accionada:

✓ No está de acuerdo con la decisión debido a que existió una imposibilidad jurídica de afiliación y aportes por los periodos en los que no se había extendido la cobertura del ISS, además no se encontraba ninguna obligación a su cargo porque para el periodo reclamado no había iniciado la cobertura por parte del ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en ninguna región del país, ya que inicio

paulatinamente a partir del 1 de enero de 1967 cuando la relación laboral ya había terminado.

2.8 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

BANCOLOMBIA S.A.

Manifiestan que la cobertura por parte del ISS, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en ninguna región del país, dado que esta cobertura inicio paulatinamente a partir del 1-01-1967 por tanto existía la imposibilidad jurídica de realizar dicha afiliación al ISS por no existencia de Cobertura.

De acuerdo con el artículo 10 del acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, se estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los trabajadores que presten sus servicios en empresas del sector oficial siempre y cuando no estuvieren exceptuados por disposición legal expresa.

Ahora bien, dicha obligatoriedad no fue inmediata, sino que se inició de manera paulatina en la medida que el ISS fue extendido su cobertura en el territorio nacional, cobertura que en principio de acuerdo con el artículo 1 de la Resolución 831 de 1966 emanada del entonces Director General del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a partir del 1 de enero 1967 en las jurisdicciones que a esa fecha estaban cubiertas por las Cajas Seccionales de Antioquia, Cundimarca, Quindío, Valle y por las oficinas locales de los Seguros Sociales de Boyacá, Huila, Manizales, y Santa Marta.

De esta manera queda claro que al menos, en los sitios donde no existía cobertura del ISS no había obligación de afiliación al régimen y en tal medida la exigencia del reconocimiento de las prestaciones continuaba en cabeza del empleador, teniendo en cuenta las disposiciones legales vigentes.

BAVARIA S.A.

Establecieron que es cierto que el actor nunca fue afiliado por BAVARIA S.A. durante la vigencia del contrato de trabajo al Sistema de Seguridad Social, toda vez que para la fecha en que prestó sus servicios no se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, y, por consiguiente, BAVARIA S.A. no tenía la obligación de afiliar a los trabajadores al Sistema de Seguridad Social en Pensión.

Es de conocimiento que, el riesgo de vejez, invalidez y muerte se trasladó de los empleadores al ISS en virtud de lo dispuesto por el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año. No obstante, la obligación de empleador de afiliar a sus trabajadores fue surgiendo de forma paulatina, a

medida que el ISS iba asumiendo estos riesgos en determinadas zonas geográficas.

El ISS inició a funcionar gradualmente en el país. De tal forma que BAVARIA S.A. no sólo no estaba obligada, sino que le era jurídica y tácticamente imposible realizar la afiliación del demandante, toda vez que el ISS no tenía cobertura en la ciudad de Barranquilla el cual empezó a funcionar el ISS el día 2° de diciembre de 1968. es decir, un poco menos de 10 meses después de la fecha que termino el vínculo laboral y, además, cualquier afiliación que se realizara en un lugar en donde no existiera cobertura por parte ISS, era sancionada por el Estado con la cancelación de la afiliación del trabajador (Decreto 2665 de 1989 artículo 20, literal c), por lo que, durante ese periodo, fue mi representada quien asumió el riesgo de conformidad a lo establecido en el ordenamiento y jurídico.

Por lo anterior, es indiscutible que BAVARIA S.A. no estaba en la obligación de afiliarse al accionante al ISS y realizar el pago de las cotizaciones a pensión, ya que el contrato laboral finalizó el día 10 de febrero de 1968, es decir, mucho antes de la entrada en vigencia la ley 100 de 1993 y el funcionamiento del ISS en el Barranquilla.

ANTONIO GONZÁLEZ OROZCO

El demandante ANTONIO GONZÁLEZ OROZCO no se pudo pensionar porque no le emitieron los títulos pensionales correspondientes a los tiempos laborados con COOTRACEGUA desde el 1° de octubre de 1983 hasta el 14 de noviembre de 1984, con BANCOLOMBIA desde el 9 de octubre de 1961 hasta el 6 de julio de 1963, y con BAVARIA S.A. CERVECERÍA AGUILA desde el 17 de enero de 1964 hasta el 10 de febrero de 1968.

El señor ANTONIO GONZÁLEZ OROZCO cotizó 6.236 días que corresponden a 890.8571 semanas, y al 1° de abril de 1994, fecha en la que entró a regir la Ley 100 de 1993, el demandante tenía 53 años de edad, por lo que es beneficiario del régimen de transición, y este régimen contempla que se puede pensionar con 500 semanas cotizadas dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad, o 1000 semanas en cualquier tiempo (art. 12 del Decreto 758 de 1990). Visto lo dejado de cotizar por las demandadas, el señor ANTONIO GONZÁLEZ OROZCO tuviera más de 1000 semanas, es decir, un total de 1.247,69 semanas.

Esta Corporación ya tiene decantado esta figura de los títulos pensionales, y ha sentenciado que la ausencia de cobertura no es razón ni óbice para emitir los títulos pensionales por los tiempos trabajados y cotizados.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

La demanda está dirigida a la declaratoria de la relación laboral, que presuntamente existió entre el afiliado el empleador "COOTRACEGUA", desde el 1 de octubre de 1983 hasta el 14 de noviembre de 1984, así como sea declarada la relación laboral entre él, y el empleador BANCOLOMBIA S.A., desde el 9 de octubre de 1961 hasta el 6 de julio de 1963 y finalmente sea declarada la relación laboral entre él, y el empleador BAVARIA S.A.- CERVECERIA AGUILA, desde el 17 de enero de 1964 hasta el 10 de febrero de 1968, por lo anterior se evidencia la falta de legitimación en la causa por parte de Colpensiones, Debido a que dicha declaratoria debe ser emitida por parte de un Juez de la Republica y no por parte de Colpensiones.

Conforme a lo expuesto, concluyen que está en cabeza del empleador la obligación de efectuar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta el salario que efectivamente devenguen sus empleados, dentro de los plazos y condiciones que determina la norma en mención. Por lo tanto, una vez la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral en cabeza de un Juez de la República, se pronuncie y declare la existencia de la relación laboral entre el demandante y los empleadores "COOTRACEGUA", BANCOLOMBIA S.A. y BAVARIA S.A.-CERVECERIA AGUILA, Colpensiones procederá a realizar el correspondiente cálculo actuarial.

3. CONSIDERACIONES

Preliminarmente debe expresarse, que, verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, razón por la cual debe ceñirse al principio de consonancia.

Por otro lado, se expresa, que los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, situación que permite proferir una decisión de fondo. Además, no se evidencia causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

3.1. COMPETENCIA.

Este tribunal tiene competencia tal como se asigna el Artículo 15 literal B numeral 1 del CPTSS.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Ante la aceptación de la existencia de la relación laboral entre el señor ANTONIO GONZÁLEZ OROZCO y las demandas COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR Y LA GUAJIRA "COOTRACEGUA", BANCOLOMBIA S.A., BAVARIA S.A. y teniendo en cuenta los reparos indicados

por las partes demandadas respecto de la sentencia de primera instancia los problemas jurídicos a desatar se consideran:

¿La falta de afiliación del empleador al sistema general de la seguridad social en pensiones excluye los tiempos servidos como cotización para la cobertura de la prestación social de pensión de vejez?

Así los insumos que se tendrán para evaluar de forma crítica el problema sumido serán los siguientes:

3.3. FUNDAMENTO NORMATIVO.

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Artículo 22 y 23. Definición del contrato de trabajo y sus elementos esenciales.

Artículo 259. Regla general en cuanto a los empleadores.

LEY 90 DE 1946

Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

ACUERDO 224 DE 1966

Por el cual se expide el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte

LEY 100 DE 1993

Artículo 31,32 y 33. Régimen solidario de prima media con prestación definida y pensión de vejez.

3.4. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

PRECEDENTE VERTICAL

3.4.1 JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL

3.4.1.1. Deber de afiliación por el empleador y consecuencias por el incumplimiento (Corte Constitucional, SU226/19, MP Dra. DIANA FAJARDO RIVERA)

“El desconocimiento de la afiliación por parte del empleador desestructura indebidamente la relación triangular en materia de pensiones, porque imposibilita jurídica y materialmente la vinculación de la entidad administradora correspondiente, y con ello el ejercicio de sus facultades relacionadas con la

*exigibilidad de los demás deberes pensionales del contratante. **Por ello, la responsabilidad de la omisión de la afiliación recae exclusivamente en el empleador incumplido.***

3.4.2 JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

3.4.2.1. Irrenunciabilidad de los aportes y derechos pensionales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral SL1551-2021 del 10 de marzo de 2021 con radicado No. 80771. M.P Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán)

*“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”.*

(...)

“Por otra parte, del hecho de que la jurisprudencia de esta corporación hubiera sufrido ciertas variaciones y haya evolucionado desde una cierta inmunidad del empleador respecto de periodos dejados de aportar, por falta de cobertura del ISS, hasta garantizar su validación por medio de cálculo actuarial (CSJ SL9856-2014 y CSJSL17300-2014), no puede concluirse que el pago de los aportes constituyera un derecho incierto, pues lo importante es que, como ya se dijo, durante los periodos en los que no existía cobertura del ISS el empleador conservaba una clara carga pensional, establecida diáfananamente en la Ley 90 de 1946 y reconocida en las disposiciones de la Ley 100 de 1993”.

(...)

***“esta Sala concluyó que los aportes destinados al sistema de seguridad social en pensiones no pueden ser materia de conciliación entre empleador y trabajador, por ser recursos de propiedad del sistema y constituir derechos ciertos e indiscutibles”** negritas y subrayas propias*

(...)

“En efecto, la Corte debe llamar la atención en que, como se dijo anteriormente, el hecho de que el Instituto de Seguros Sociales no hubiera extendido su cobertura sobre las empresas del sector del petróleo, como se verificó en este caso, implicaba que las mismas conservaran obligaciones pensionales precisas, que bien se podían traducir en el pago de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, con cargo exclusivo a sus recursos o, en últimas, en la convalidación de los tiempos servidos y no aportados ante la respectiva entidad de seguridad social, por medio de cálculo actuarial, en la forma prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3892-2016 y CSJ SL1342-2019)”.

3.4.2.2. Aplicación del cálculo actuarial, para el empleador incumplido con la obligación de afiliación del trabajador como garantía de acceso al sistema general de la seguridad social. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1505-2020 Radicación N° 78240 del 21 de abril de 2020 MP Dr. OMAR DE JESUS RESTREPO OCHOA)

“(…)

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que el empleador, que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (...)

Ello es así, porque el pago del mencionado título a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el trabajador, tiene por finalidad cubrir esos períodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, es decir, su único objetivo es que se perfeccione la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador. (Subrayas al margen).

[...]

Lo anterior, busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente, tratándose de periodos realmente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales. Por lo anterior, cuando no fue posible la afiliación, lo pertinente es que el empleador pague el título pensional para que se integre el capital que se requiere para el otorgamiento de la pensión de vejez.

Por otra parte, esta Corporación ha explicado que lo dispuesto en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, disposiciones que establecen que las entidades de seguridad social pueden tener en cuenta el tiempo servido como tiempo efectivamente cotizado, con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda por los tiempos omitidos, son aplicables a las pensiones que se otorguen en virtud del régimen de transición (CSJ SL9856-2014 y CSJ SL068-2018).

Ahora, la Corte ha precisado que para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c) del artículo 33 en comento, no es necesario que el contrato de trabajo esté vigente a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, toda vez que dicho aparte es contrario a los postulados de la seguridad social y, por ello, lo ha inaplicado, entre otras, en las sentencias CSJ SL 42398, 20 mar. 2013, CSJ SL646-2013, CSJ SL2138-2016, CSJ SL15511-2017 y CSJ SL3937-2018.

(...)

Ello, porque el derecho a la pensión es de carácter fundamental y, por tanto, se debe garantizar sin afectar la estabilidad financiera del sistema, en la medida que propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores y de las entidades de seguridad social con las cotizaciones sufragadas, situación que no depende de que el empleador sea público o privado, o que sea o no pagador de pensiones. [...].

4 CASO EN CONCRETO.

Se advierte que la parte demandante, pretende se declare la existencia de la relación laboral entre el actor y las demandadas como consecuencia de ello se

ordene la emisión de los títulos pensionales con los intereses moratorios por los tiempos laborados y no cotizados por las aquí demandadas.

En contraprestación de lo indicado por el demandante, la demandada COLPENSIONES señaló que debido a que todas las pretensiones están dirigidas a un tercero ajeno a la entidad, por lo cual se abstienen de hacer pronunciamiento alguno.

Por su parte BANCOLOMBIA S.A. señaló que no está obligada a constituir títulos pensionales por el periodo reclamado 09-10-1961 a 06-07-1963, dado que para la data no había obligación de afiliarse al demandante y mucho menos de efectuar cotización alguna para la cobertura de los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

En contraprestación de lo indicado por el demandante, la demandada BAVAVRIA S.A. señaló que para la fecha en que el accionante exige el pago de aportes pensionales, el ISS no se encontraba en vigencia en Barranquilla, el ISS inició a funcionar gradualmente en el país y solo comenzó a funcionar a partir del 2 de diciembre de 1968 en barranquilla donde prestaba sus servicios el actor, es decir, casi 10 meses después de la fecha en que terminó la vinculación laboral.

La COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR Y LA GUAJIRA "COOTRACEGUA" señaló que el actor estuvo vinculado a través de un contrato individual de trabajo a término indefinido con la Cooperativa desde el 1 de octubre del año 1983 hasta el 14 de noviembre del año 1984 y fue afiliado por concepto de pensión y se le cotizó al sistema general de pensiones en el Instituto de los Seguros Sociales.

Finalmente, el Juzgado de primera instancia condenó a las demandadas a pagar el título pensional correspondiente al valor de la reserva actuarial o cálculo actuarial a favor del señor ANTONIO GONZALEZ OROZCO, por el periodo que laboró para cada una y Colpensiones deberá determinar el valor del cálculo actuarial que constituirá cada una de las demandadas, recibirlo y abonarlo a la cuenta pensional del demandante para que se incluya el tiempo laborado como aportes realizados.

Procede a resolver esta Magistratura el primer problema jurídico que atañe esta sentencia el cual es:

¿La falta de afiliación del empleador al sistema general de la seguridad social en pensiones excluye los tiempos servidos como cotización para la cobertura de la prestación social de pensión de vejez?

Se duelen los recurrentes al indicar que no hay razón al pago del cálculo actuarial ni el bono a título pensional, pues durante el tiempo que el estuvo vinculado no

había cobertura del ISS, no existiendo la obligación de cotizar al fondo de pensiones en favor del mismo.

En primer lugar, el Tribunal estima que lo concerniente a la postura de la *a-quo* respecto a la determinación de la de la tesis de la falta de afiliación es acertada y concuerda con las líneas jurisprudenciales pluricitadas, las cuales abordan múltiples aspectos jurídicos entre ellos el más importante son los efectos de la falta de afiliación del empleador respecto al derecho social del trabajador

Es menester señalar varios puntos:

- ✓ El Tribunal de Cierre ha referido la responsabilidad de los empleadores la responsabilidad de afiliación al sistema de seguridad social en pensión
- ✓ En aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, la Corte también optó, por imponer el reconocimiento del servicio prestado y las cotizaciones a través de cálculo actuarial al sistema de seguridad social en pensión.

A manera de colofón, en el presente caso se puede decir que los empleadores no actuaron de manera *incuriosa* al no afiliar al trabajador al SGSS en pensiones, pues acéptese que en los municipios y ciudades donde prestó el servicio no existía cobertura del ISS en el momento que laboró para los empleadores hoy demandados; sin embargo, persiste en cabeza de estos dicha obligación respeto de los aportes no realizados durante el tiempo que laboró para cada uno; es por ello que le asiste el pago de los aportes necesarios (acordes al tiempo laborado) para el abrigo de la pensión de vejez que busca el señor ANTONIO GONZALEZ OROZCO.

Es de anotar que es cierto que para la época en que el demandante, laboró no había cobertura, también lo es que los empleadores no obligados a realizar la inscripción, conservan en todo caso la obligación pensional, que se puede traducir en el reconocimiento una pensión o en el pago de los aportes correspondientes al tiempo servido y no afiliado por medio de cálculo actuarial; todo esto en aplicación a la sentencia traída a esta providencia como material de apoyo SL1551-2021 del 10 de marzo de 2021 proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Resumiendo las citas jurisprudenciales traídas como insumo se puede decir En sentencias CSJ SLSL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado su jurisprudencia consistente en que ante la omisión en la afiliación del trabajador por parte de su empleador al sistema general de pensiones, es deber de las entidades que conforman el sistema tener en cuenta los periodos servidos como tiempos efectivamente cotizados,

generándose como consecuencia en contra del empleador el desembolso del respectivo título pensional a satisfacción de la correspondiente entidad y no el reconocimiento directo de la prestación económica.

No obstante lo anterior, la Alta Magistratura en providencia SL4103 de 22 de marzo de 2017 radicación N° 49638 aclaró que esa postura ha estado orientada al reconocimiento de pensiones tales como la de jubilación y vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993, al tratarse de prestaciones económicas que requieren de un término bastante largo para su consolidación, lo que ha llevado precisamente a que se apliquen las reglas trazadas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 con sus respectivas modificaciones; sin embargo, indicó, que no se puede dar el mismo tratamiento cuando se busca el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes e invalidez, ya que estas dos prestaciones no se fundamentan en la acumulación de un número importante de aportes, sino en la cobertura y aseguramiento de un riesgo (invalidez y muerte), lo que implica la necesidad de la adecuada afiliación y pago de los aportes que permitan a las administradoras pensionales “... *prever razonablemente la realización de los riesgos, gestionarlos y adoptar medidas para la financiación de las prestaciones, a través de las reservas respectivas o de la contratación de los seguros correspondientes (artículo 6 del Decreto 832 de 1996). Contrario sensu, si el trabajador no ha estado afiliado y no se tiene noticia de la prestación de sus servicios, ni se ha adelantado algún trámite de convalidación de tiempos, los riesgos se tornan imprevisibles para la aseguradora, imposibles de gestionar y, a la postre, de financiar, por no haberse podido conservar reservas o contratar seguros*”.

Con base en lo expuesto, concluyó la Corte, que cuando en este tipo de eventos se ha configurado el riesgo y el trabajador no ha sido debidamente afiliado por su empleador, ni éste hizo los trámites pertinentes para la convalidación de esos tiempos antes de la ocurrencia del siniestro, no es posible que el sistema a través de sus entidades asuma el pago de esas prestaciones económicas –invalidez y sobrevivientes-, quedando dicha carga en cabeza del empleador omisivo.

De tal surte que la afirmación realizada por la Juez en este caso resulta apropiada, pues la omisión del empleador en la afiliación, **NO LA EXCLUYE DEL DEBER DE ACREDITAR LOS TIEMPOS SERVIDOS, previa la carga a través de bono pensional a cargo del empleador incumplido conforme a calculo actuarial de los saldos dejados de pagar.**

Ahora, en este sentido acierta de un todo la Juez de primera instancia, al condenar a los demandados COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR Y LA GUAJIRA "COOTRACEGUA", BANCOLOMBIA S.A. y BAVARIA S.A. al pago de

los aportes conforme a los extremos de cada relación laboral declarada; asumiendo además que los mismos deben liquidarse sobre salario mínimo.

Sin embargo, y a fin de que la sentencia de primera instancia tome fuerza ejecutoria, omitió la primera instancia otorgar un término tanto a la entidad encargada de liquidar y recibir el aporte en este caso COLPENSIONES, para que no se torne incierto e indefinido el derecho de la trabajadora en el tiempo, se ordenará a esta entidad para que determine el cálculo actuarial dentro de los 15 días calendario siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Finalmente, respecto de aportes correspondientes y a cargo de las empleadoras demandadas así:

- ✓ COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR y LA GUAJIRA "COOTRACEGUA" desde el 1° de octubre de 1983 hasta el 14 de noviembre de 1984.
- ✓ BANCOLOMBIA S.A. desde el 9 de octubre de 1961 hasta el 6 de julio de 1963.
- ✓ A BAVARIA S.A. - CERVECERÍA AGUILA desde el 17 de enero de 1964 hasta el 10 de febrero de 1968

Estas últimas pagarán dentro de los 30 días calendario, posteriores a la presentación del cálculo actuarial por Colpensiones. En este sentido se modificará la sentencia de primera instancia.

DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente los numerales 1,2, 3 y 6 de la sentencia proferida el 5 de diciembre 2019 por el Juzgado Primero Laboral Del Circuito de Valledupar promovido por ANTONIO GONZÁLEZ OROZCO contra COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR Y LA GUAJIRA "COOTRACEGUA", BANCOLOMBIA S.A. y BAVARIA S.A. los cuales quedarán de la siguiente manera:

***“PRIMERO:** Condenar a la empresa BANCOLOMBIA S.A. con NIT. 89093938_8, a pagar el título pensional correspondiente al valor de la reserva actuarial o calculo actuarial dentro de los 30 días calendario, posteriores a la*

presentación de Colpensiones de dicho cálculo actuarial a favor del señor ANTONIO GONZALEZ OROZCO, por el periodo comprendido entre el 9 de octubre de 1961 al 6 de junio de 1963.

SEGUNDO: *Condenar a la empresa BAVARIA S.A. con NIT. 860005224_6, a pagar el titulo pensional correspondiente al valor de la reserva actuarial o calculo actuarial dentro de los 30 días calendario, posteriores a la presentación de Colpensiones de dicho cálculo actuarial a favor del señor ANTONIO GONZALEZ OROZCO, por el periodo comprendido entre el 17 de enero de 1964 al 10 de febrero de 1968.*

TERCERO: *Condenar a la empresa COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR Y LA GUAJIRA LTDA. COOTRACEGUA con NIT. 892300365_7, a pagar el titulo pensional correspondiente al valor de la reserva actuarial o calculo actuarial dentro de los 30 días calendario, posteriores a la presentación de Colpensiones de dicho cálculo actuarial a favor del señor ANTONIO GONZALEZ OROZCO, por el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1983 al 14 de noviembre de 1984.”*

SEXTO: *Ordenar a COLPENSIONES determinar el valor del cálculo o reserva actuarial que constituirá cada una de las demandadas dentro de los 15 días calendario siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, y recibirlo y abonarlo a la cuenta pensional del señor ANTONIO GONZALEZ OROZCO, para que se incluya el tiempo laborado como aportes realizados.*

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 5 de diciembre 2019 por el Juzgado Primero Laboral Del Circuito de Valledupar promovido por ANTONIO GONZÁLEZ OROZCO contra COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR Y LA GUAJIRA "COOTRACEGUA", BANCOLOMBIA S.A. y BAVARIA S.A.

TERCERO: Costas a cargo de las partes demandadas BANCOLOMBIA S.A. Y BAVARIA S.A. por no prosperar sus recursos, fíjense como agencias en derecho la suma de 1SMLMV, que se pague de manera proporcional. Liquidense como señala el artículo 365 y 366 del CGP.

Notifíquese por estado, para tal objeto remítase a la secretaria del Tribunal.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

**JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
MAGISTRADO PONENTE**

**JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ
MAGISTRADO**

**ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
MAGISTRADO**