

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	FABIOLA DEL SOCORRO MOLINA OCHOA
DEMANDADO	INTEGRAL S.A. y COLPENSIONES.
RADICADO	05001-31-05-018-2017-00135-02
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Cosa Juzgada - Calculo actuarial
DECISIÓN	Confirma.

Medellín, once (11) de julio de dos mil veintidós (2022)

Estudiado, discutido, y aprobado en Sala virtual.

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, previo el traslado de rigor, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **FABIOLA DEL SOCORRO MOLINA OCHOA** contra la sociedad **INTEGRAL S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

La Magistrada Sustanciadora, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**, declaró abierto el acto y a continuación, después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 030**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad demandada, contra la sentencia que profirió el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín - Antioquia, en la audiencia pública celebrada el día 14 de octubre de 2021, dentro del proceso referenciado, y a la vez, conocer esa misma sentencia, bajo el grado jurisdiccional de consulta, en favor de Colpensiones.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, lo siguiente: El señor GERARDO WILLIAM OCHOA GIL fallecido el 5 de diciembre de 2015 (sic) firmó en la ciudad de Medellín contrato de trabajo con la sociedad INTEGRAL LIMITADA hoy INTEGRAL S A para desempeñar el cargo de Obrero y Ayudante de Laboratorio, trabajando a su servicio en el periodo comprendido entre el 19 de agosto de 1965 hasta el 05 de febrero de 1975; durante el lapso comprendido entre el 19 de agosto de 1965, fecha en que INTEGRAL vinculó laboralmente al señor OCHOA GIL, y el 31 de diciembre de 1966, el mencionado empleador no afilió al trabajador a pensión obligatoria del ISS toda vez que en ese tiempo no existía el sistema de aportes administrado por el ISS, mismo que inició solo a partir del 1 de enero de 1967, momento a partir del cual el ex empleador demandado tenía la obligación legal de afiliar a pensión al señor GERARDO y pagar a su favor las respectivas cotizaciones; sin embargo no lo hizo, tal como se puede apreciar en el reporte de semanas cotizadas de COLPENSIONES del fallecido señor OCHOA.

Refiere el introductorio que, si bien INTEGRAL LTDA., hoy NTEGRAL S. A. (empresa fundada en el año de 1955) con anterioridad al 1 de enero de 1967 no estaba obligada a afiliar a sus trabajadores a pensión en el ISS ni a pagar los respectivos aportes, sí debía realizar y disponer de una provisión contable o reserva actuarial con la cual eventualmente pudiera cubrir el pago de las contingencias por vejez, invalidez y muerte de sus ex-trabajadores que se encontraban jubilados por invalidez o muerte, así como, de aquellos que estaban activos laboralmente con la empresa, como era el caso del señor GERARDO WILLIAM, quien para el 1 de enero de 1967 contaba con 1 año, 4

meses y 12 días laborados con su empleador, y, para el 5 de febrero de 1975, contabilizaba un total de 9 años, 5 meses y 16 días.

Indica la demanda que, mediante la Resolución No. 024085 del 26 de agosto de 2009, el ISS ordenó el pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor del señor OCHOA GIL, toda vez que, según la entidad de pensión, para la fecha solo acreditaba un total de 562 semanas cotizadas; que, sin embargo, posteriormente el citado señor solicitó la anulación de dicha resolución pues deseaba continuar cotizando al fondo de pensiones para así poder disfrutar más adelante de su pensión de vejez.

Señala la demandante que el 31 de mayo de 2013 el señor OCHOA GIL solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de una pensión de vejez al considerar que reunía todos los requisitos legales para ser merecedor de dicha prestación por ser beneficiario del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que remite al Decreto 758 de 1990; que dicha entidad, mediante Resolución N° GNR 276147 del 28 de octubre de 2013, le negó la pretensa pensión basando su decisión en que el afiliado a la fecha de la reclamación de la pensión tenía un total de 745 semanas cotizadas y, además de ello, no acreditaba 750 semanas al 25 de julio de 2005, razón por la cual no conservaba el Régimen de Transición, siendo procedente el estudio de la prestación de vejez a la luz de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 que señala los requisitos de 1250 semanas cotizadas y 60 años de edad.

Manifiesta la activa que, a efectos de liquidar la pensión de vejez del fallecido afiliado, COLPENSIONES no tuvo en cuenta los períodos laborados por el señor OCHOA GIL con INTEGRAL LTDA, hoy INTEGRAL S. A., sin cotizaciones al ISS, comprendidos entre el 19 de agosto de 1965 hasta el 05 de febrero de 1975 equivalentes a 491, 88 semanas, tiempos correspondientes a la provisión contable o reserva actuarial propia de una caja o fondo del sector privado, que la demandada INTEGRAL S A tenía separada en favor del señor GERARDO WILLIAM a fin de financiarle futuras contingencias pensionales, y que, para efectos de cómputo del tiempo o semanas exigidas por la norma al afiliado en pensión debió ser tenido en cuenta por el ISS hoy COLPENSIONES

para el momento en que el afiliado solicitó la prestación pensional; que, no obstante, dicha reserva actuarial no fue trasladada al fondo de pensiones por la empresa demandada, toda vez que la entidad de pensión no la reportó en la historia laboral de éste, razón por la cual dichos tiempos no fueron tenidos en cuenta a efectos de decidir la solicitud de pensión de vejez presentada por el FINADO señor OCHOA el 31 de mayo de 2013.

Aduce la actora que, con ocasión del fallecimiento del señor GERARDO WILLIAM OCHOA GIL, en calidad de cónyuge, solicitó el 03 de enero de 2014 a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes al considerar que cumplía con todos los requisitos establecidos en las normas que regulan dicha prestación pensional; que mediante Resolución GNR 138366 del 13 de mayo de 2015, notificada el 26 del mismo mes y año, COLPENSIONES le negó la pensión de sobrevivientes solicitada indicando que el afiliado no cotizó las 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de su fallecimiento; que, por tal motivo, instauró demanda ordinaria laboral, que le correspondió al Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, con radicado 014-2016-00156; precisa que en las pretensiones de ese proceso no incluyeron la reclamación de los tiempos laborados y no cotizados por su cónyuge con INTEGRAL LTDA, hoy INTEGRAL S. A.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que SE DECLARE que la empresa INTEGRAL S.A. adeuda la reserva, título pensional, o cálculo actuarial a favor del señor GERARDO WILLIAM OCHOA GIL correspondiente a los tiempos laborados sin afiliación al ISS y no pago de los respectivos aporte a pensión, comprendidos entre el 19 de agosto de 1965 hasta el 05 de febrero de 1975; que, como consecuencia de la anterior declaración, SE CONDENE a INTEGRAL LIMITADA, hoy INTEGRAL S.A., al reconocimiento pago y traslado a COLPENSIONES del valor equivalente a la reserva, cálculo actuarial o título pensional, por los tiempos laborados por el señor GERARDO WILLIAM OCHOA Gil entre 19 de agosto de 1965 hasta el 05 de febrero de 1975. SE CONDENE a INTEGRAL LIMITADA, hoy INTEGRAL S.A., al pago de los Intereses moratorios y/o indexación de las condenas, y de costas y agencias en derecho.

Solicita, además, que SE CONDENE a COLPENSIONES a realizar las acciones de cobro en contra de INTEGRAL LIMITADA hoy INTEGRAL S.A. tendientes a recaudar los dineros que judicialmente se concedan, correspondientes al cálculo actuarial o título pensional de los aportes en pensión dejados de pagar, por falta de afiliación y pago, con sus intereses moratorios, equivalente a los tiempos laborados por el señor GERARDO WILLIAM OCHOA GIL, entre el 19 de agosto de 1965 hasta el 05 de febrero de 1975, y que se condene a dicha entidad al pago de los Intereses moratorios y/o indexación de las condenas, y costas y agencias en derecho.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Admitida la demanda y corrido el traslado correspondiente, la sociedad demandada, INTEGRAL S.A., contestó oportunamente a través de su apoderado judicial, manifestando frente a los hechos expuestos, que es cierto que el señor Ochoa Gil falleció pero que esto ocurrió el 5 de diciembre de 2013, no 2015 como se indica en la demanda, de acuerdo al certificado de defunción aportado; que es cierta la relación laboral sostenida con el causante y los extremos de la misma, pero señala que, para la fecha en que se desarrolló la relación laboral, no existía cobertura en las zonas en donde laboró el trabajador, por lo que la empresa no tenía la obligación de afiliarlo para los riesgos de IVM, niega que la empresa tuviera la obligación legal de crear un fondo de contingencia pensional futura, como tampoco, que la sociedad tuviera la reserva actuarial en favor del causante; que de acuerdo a la prueba, es cierto lo atinente a las resoluciones del fondo de pensiones a que hace referencia. Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *“Cosa juzgada; existencia de dos procesos con fundamento en los mismos elementos axiológicos ; falta de legitimación en la causa por activa; inexistencia de fundamentos legales y constitucionales para las pretensiones; prescripción; cobro de lo no debido; vulneración al derecho a la seguridad jurídica (Derecho de defensa) y a la libre empresa; buena fe de Integral S.A.; y la genérica.”*

Por su parte, COLPENSIONES contestó la demanda oportunamente, indicando que, de acuerdo al certificado de defunción del afiliado, éste falleció el 5 de diciembre de 2013, no le consta lo referente al contrato de trabajo, acepta la mayoría de los hechos, entre ellos, las resoluciones que expidió y que se mencionan en la demanda, y que ese fondo no nunca recibió aportes por ese período, no estando afiliado el señor Ochoa Gil al ISS para esa época; que no le consta lo atinente a la reserva actuarial de la empleadora. No se opone a las pretensiones de la demanda, a excepción de la condena en costas en su contra. Propuso las siguientes excepciones de fondo: Inexistencia de la obligación al reajuste de las cotizaciones por los riesgos de invalidez, vejez y muerte; inexistencia de la obligación de reconocer y pagar el retroactivo pensional solicitado; inexistencia de intereses moratorios; improcedencia de la indexación; buena fe de Colpensiones; imposibilidad de condena en costas; prescripción; y compensación.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En el fallo objeto de apelación, la juez a quo en audiencia pública de juzgamiento celebrada el 14 de octubre de 2021, CONDENÓ a INTEGRAL S.A a efectuar el pago del cálculo actuarial a favor del señor GERARDO WILLIAM OCHOA GIL y previa elaboración por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 19 de agosto de 1965 y 5 de febrero de 1975. Indicó que, para este trámite, Integral deberá proveer la información del salario básico base que devengaba el causante durante el tiempo que laboró con la sociedad, debiendo en el término de treinta días solicitar a COLPENSIONES la realización del cálculo actuarial correspondiente; vencido este término tendrá quince días adicionales para hacer el pago del mismo, teniendo en cuenta para el efecto los intereses que la administradora de fondo de pensiones calcule para el efecto. DECLARÓ improbadas las excepciones de cosa juzgada, falta de legitimación en la causa y prescripción, señalando que las restantes excepciones fueron resueltas en el contenido de la providencia en calidad de meras oposiciones. CONDENÓ en costas a la sociedad demandada INTEGRAL S.A., fijando las correspondientes agencias en derecho.

Como fundamento de su decisión, indicó la a quo, que la actora tiene legitimación en la causa por activa para adelantar la reclamación de los derechos de su cónyuge fallecido, que, e proceder el reconocimiento del cálculo actuarial que se persigue en este proceso, el mismo resulta favorable al señor Gerardo William Ochoa, pues éste pasaría a la historia laboral del causante y no hay título pensional para la demandante.

Con relación a la excepción de COSA JUZGADA, y luego de referirse a los elementos que configuran esta institución y hacer alusión, al proceso 0500 13105 2009 001 2009 070600 que fue allegado al expediente, indicó que no se cumplen los presupuestos para que pueda hablarse de una cosa juzgada, pues, en primer lugar, no existe identidad de partes, ya que en el primer proceso el demandante fue el señor Gerardo William Ochoa Gil contra Integral S.A. y Tipografía y Trazados S.A.; que, en segundo lugar, no se avizora que exista una identidad de objeto, pues dentro del proceso adelantado en el juzgado Primero se pretendió por el señor William Ochoa Gil una pensión sanción por haber laborado para las empresas Integral SA y Topografía y Trazados S.A. por una espacio superior a 15 años, situación que se estudió por ese despacho, sin que hubiera sido objeto de discusión la responsabilidad de cancelar el cálculo actuarial que ahora se pretende por la esposa del señor Gerardo William Ochoa; que, en tercer lugar, en cuanto a la identidad de causa, por un lado la parte actora arguye la obligación de la empresa Integral S.A. de contar con una reserva actuarial respecto de los periodos por los cuales se acepta no se realizaron cotizaciones al ISS, pues para la fecha de inicio de labores del señor Gerardo William Ochoa aún no se había llamado inscripción a los trabajadores.

Que, de otro lado, la pretensión del señor Ochoa para obtener la pensión sanción se encuentra fundamentada en el artículo 267 del código sustantivo de trabajo, subrogado por el artículo 37 de la ley 50 del 90, presupuestos diferentes a los que se refiere la demandante en este asunto, pues en este escenario se requieren los presupuestos de índole laboral, tales como la forma de terminación de contrato de trabajo y la falta de afiliación al instituto de seguros sociales para que pueda darse la prosperidad de aquella pretensión; diferente a lo que ahora se pretende y bajo normatividad distinta a la usada en el estudio de la pensión sanción; Que tampoco puede hablarse de una cosa

juzgada respecto de la pensión de sobreviviente que adelantó la actora en el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Medellín y que fue reconocida a la luz de la ley 797 del 2003, pues en este asunto se discute la procedencia o no de un pago de un cálculo actuarial a favor del señor Gerardo William Ochoa.

Frente al cálculo actuarial pretendido, advirtió que, por regla general, el ISS, en cumplimiento a lo dispuesto en la ley 90 de 1946, de conformidad con lo reglado en la artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo y con su propio reglamento contenido en el Decreto 3041 de 1966, comenzó a asumir, a partir del primero de enero de 1967, el riesgo de vejez invalidez y muerte, tomando a su cargo el seguro respectivo, en sustitución de las pensiones de jubilación que estaban obligados a pagar los patrones; que estos, sin embargo, no quedaron exonerados de su obligación en forma automática, sino que se fueron liberando de ella en la medida que el Instituto fue asumiendo el correspondiente riesgo. Señala que, respecto a la responsabilidad de los empleadores no obligados a la inscripción por falta de cobertura en el Seguro Social, la jurisprudencia laboral ha desarrollado una línea que ha variado a lo largo del tiempo, haciendo un recuento de la misma, para luego indicar que en la actualidad a partir de la sentencias SL de 9856 de 2014 y SL 16300 2014, guiada la corporación por la intención de protección de los derechos fundamentales a la seguridad social elevado a Rango constitucional a propósito de los reseñado en los artículos 48 de la Constitución Política, y para amparar en sus últimos años a quien contribuyó a la sociedad con su fuerza laboral, ha habilitado esos tiempos con miras a consolidar el derecho pensional a cargo del sistema a través del pago de títulos apoyados en cálculos actuariales a cargo del empleador, aunque en estricto rigor no se estuviera frente a una omisión de su parte; lo anterior bajo el sustento de que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores a pesar de no omitir de manera deliberada la afiliación a la seguridad social, ya que esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura debían estar a cargo del empleador por mantener en cabeza suya el riesgo; que esto se ha explicado en sentencia SL 8956 de 2014, reiterada en las sentencias SL 10122 de 2017, SL 068 de 2018 y SL 287 de 2018, todas citadas en providencia SL 3408 de 2018 por la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Refiere que en este asunto se tiene que el actor trabajo para Integral SA por el período comprendido entre 19 de agosto de 1965 y el 5 de febrero de 1975, tal y como se infiere de la documental aportada, y que aceptó la parte demandada, prestación que se dio en diferentes municipios del país según se indicó en la a demandada y en contestación, señalando las partes que la empleadora no se encontraba en la obligación de afiliar y cancelar los aportes del causante para el momento del vínculo laboral, para lo cual se allegó la circular número C 172 de 1983, denominada afiliación al instituto de seguros sociales personal de campo, en la que se indicó que la dicha afiliación era a partir del 1º de septiembre de 1983, para todo el personal de campo con menos de 10 años de servicio y 60 años de edad, para los seguros de invalidez vejez y muerte, accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Manifiesta que, de darse aplicación el argumento planteado por la sociedad demandada, esto es, que la obligación de Integral limitada o Integral SA, surgió a partir del año 1983 para los trabajadores de campo, lo cierto es que debería concluirse que igualmente se encuentra obligada la sociedad a concurrir para garantizar la prestación económica del causante, ya que, conforme a la jurisprudencia, se garantiza el derecho del afiliado de que, a través del cálculo actuarial, se facilite la consolidación de su derecho pensional; que así las cosas, y atendiendo a que se presentó una omisión en la afiliación a la entidad de seguridad social, este tiempo debe ser tenido en cuenta para efectos del cómputo de semanas cotizadas por el señor Gerardo William Ochoa,, por lo que condena a la sociedad demandada al pago del cálculo actuarial en los términos ya indicados.

VI. – APELACIÓN.

Inconforme con decisión de primer grado, el apoderado judicial de la sociedad INTEGRAL S.A., presenta recurso de alzada, en los siguientes términos:

Indica que, con relación a la excepción de cosa juzgada, que no prosperó, se tenga en cuenta que el proceso que realizó el señor Gerardo William Ochoa Gil, de pensión sanción, lo realizó de esta manera en especial,

por lo señalado en el Decreto 758 del 1990 y demás normas vigentes, incluso que este, de 1990, es realizado algo así como 15 años después de que finalizará el vínculo con Integral; Refiere que este decreto prevé cómo sería el campo de la afiliación, y que, como el señor llevaba más de 10 años vinculado, aunque para esta época no está vinculado, en este caso se hablaba era de la posibilidad de la pensión sanción, considerando que por eso se equipara la pensión sanción a el asunto que aquí se debate, y es porque para la fecha de los hechos, 1975 años 80, la figura ya, por la edad que señor tenía, por el tiempo de trabajo en la empresa, lo procedente era pedir la pensión sanción, la cual fue fallada negativamente, porque no estaba previsto; que incluso, si se observa el artículo 1º del Decreto 758 de 1990, ni siquiera estaba previsto la vinculación de este señor, incluso como facultativo, por la edad y por todo lo otro que ha mencionado, y llevaba más de 10 años vinculado; que otra de las razones es porque el despacho decreta (el cálculo) desde 1965 a sabiendas que el llamado a inscripción es a partir de 1967; que, entonces, ahí hay un lapsus en cuanto al tiempo en que empezó a operar Colpensiones (ISS) como tal.

Indica que, según la jurisprudencia, el cálculo actuarial tiene también como fundamento alcanzar la mesada pensional; pero que, según prueba, aclarando que la resolución aportada (Pensión de sobrevivientes a favor de la actora) no hizo parte de la demanda inicial sino que fue aportada posteriormente de manera documental, la cual da fe de que ya la señora está pensionada; es decir, que el cálculo actuarial no sería para alcanzar la mesada pensional, la cual ya consiguió con las otras (cotizaciones) que funcionaban,

Que, en cuanto a la resolución 1002 de 1983, hay que tener en cuenta que era de 1983, fecha para la cual el señor no tenía vínculo con Integral SA, pero que en esta resolución queda muy claro que el ISS da la posibilidad solo a partir de entonces, de afiliar a los trabajadores en zonas sin cobertura, esto era porque, antes de esta fecha, no existía dicha posibilidad y por eso se obró conforme a lo derecho en su momento.

Finaliza aduciendo que se ratifica en las excepciones planteadas para que ,en segunda instancia, sean consideradas, en especial la de cosa juzgada;

que sobre la de falta de legitimación en la causa por pasiva indica que solo tienen la Resolución la cual no ha sido atacada; que se atiene a la misma resolución, pero que sí, en cuanto a la excepción de la cosa juzgada, la existencia de dos procesos con fundamento en los mismos elementos axiológicos que no pueden existir, y el tema de los fundamentos legales y constitucionales para las pretensiones por cuanto no hubo una omisión como tal de Integral SA sino que se actuó conforme derecho de la época. Agrega que también la prescripción, el cobro de lo no debido, la vulneración al derecho a la seguridad jurídica, derecho de defensa y de la libre empresa y la buena fe de Integral SA.

Alegatos de conclusión.

Encontrándose dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la apoderada judicial de la demandante, presentó sus alegatos de conclusión en esta instancia, a través de los cuales solicita se confirme lo resuelto por la a quo, argumentando que a la actora, le asiste pleno, a que se le reconozca, pague y traslade a COLPENSIONES, el valor equivalente a la reserva, cálculo actuarial o título pensional, por los tiempos laborados por el señor GERARDO WILLIAM OCHOA GIL entre 19 de agosto de 1965 hasta el 05 de febrero de 1975, con la entidad INTEGRAL LIMITADA hoy INTEGRAL S.A., toda vez que de los medios de prueba documentales obrantes en el expediente, así como del interrogatorio de parte rendido por la demandante, se colige que la obligación le asistía a la entidad demandada a pagar el cálculo actuarial, con la que probablemente el señor GERARDO WILLIAM OCHOA GIL (Q.E.P.D), pudiese cubrir las contingencias por vejez, invalidez y muerte de los trabajadores que estuviese a su cargo, para que pudiesen tener la expectativa de pensionarse en un futuro.

Aduce que es clara la responsabilidad de la codemandada INTEGRAL S.A., quien debe asumir el pago del cálculo actuarial correspondiente, mismo que debe ser tenido en cuenta para efectos de la reliquidación pensional deprecada.

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Naturaleza jurídica de la pretensión. – Cosa juzgada- Calculo actuarial a cargo del empleador-

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Planteado el recurso de apelación tal y como se encuentra, los problemas jurídicos estriban en: (i) Dilucidar si en el presente caso se presenta el fenómeno de cosa juzgada, como aduce la censura, De no salir avante lo anterior, (ii) Se establecerá si a la empresa demandada le asiste obligación de responder por el tiempo laborado y no cotizado a caja o fondo de pensiones, con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, con respecto al trabajador Ochoa Gil, pagando el correspondiente cálculo actuarial.

Debe advertirse, que en el sub lite no es materia de controversia la existencia de una relación laboral, como tampoco sus extremos temporales, y la no cotización a una caja o fondo de previsión social a favor del trabajador por el periodo comprendido entre el, pues tales supuestos fácticos fueron aceptados por la empresa demandada, y declarados como probados en la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, de cara al primer problema jurídico planteado, esto es, si se presenta el fenómeno de la cosa juzgada respecto del proceso adelantado por el señor Ochoa Gil referente al reconocimiento de una pensión sanción, cabe resaltar que el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por la remisión expresa del Art. 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, establece lo siguiente:

“COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa

que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.”

De la norma en cita se concluye que son tres los presupuestos necesarios para que para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada.

Identidad de objeto, es decir, que la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

Identidad de causa petendi, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.

En el sub examine, en el proceso que hoy se tramita, la señora FABIOLA DEL SOCORRO MOLINA OCHOA, en representación de su cónyuge fallecido (heredera), señor GERARDO WILLIAM OCHOA GIL elevó demanda ordinaria

laboral en contra de la sociedad INTEGRAL S.A. y COLPENSIONES, en la que se indica, en el acápite de pretensiones, lo siguiente:

“PRIMERA: Se declare que la empresa que la empresa INTEGRAL S.A. adeuda la reserva, título pensional, o cálculo actuarial a favor del señor GERARDO WILLIAM OCHOA GIL correspondiente a los tiempos laborados sin afiliación al “ISS” y no pago de los respectivos aporte a pensión, comprendidos entre el 19 de agosto de 1965 hasta el 05 de febrero de 1975-

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a INTEGRAL LIMITADA hoy INTEGRAL S.A., al reconocimiento, pago y traslado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, “COLPENSIONES” del valor equivalente a la reserva, cálculo actuarial o título pensional, por los tiempos laborados por el señor GERARDO WILLIAM OCHOA Gil entre 19 de agosto de 1965 hasta el 05 de febrero de 1975.

TERCERA: Se condene a INTEGRAL LIMITADA, hoy INTEGRAL S.A., al pago de los Intereses moratorios y/o indexación de las condenas, costas y agencias en derecho.

CUARTA: Se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, “COLPENSIONES” a realizar las acciones de cobro en contra de INTEGRAL LIMITADA hoy INTEGRAL S.A. tendientes a recaudar los dineros que judicialmente se concedan, correspondientes al cálculo actuarial o título pensional de los aportes en pensión dejados de pagar, por falta de afiliación y pago con sus intereses moratorios, equivalente a los tiempos laborados por el señor GERARDO WILLIAM OCHOA GIL, entre el 19 de agosto de 1965 hasta el 05 de febrero de 1975.

QUINTA: Se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, “COLPENSIONES” al pago de los Intereses moratorios y/o indexación de las condenas, costas y agencias en derecho.”

Ahora bien, en el expediente digital obra copia del expediente ordinario laboral que las sentencias de primera y segunda instancia, dentro del proceso tramitado por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN donde funge como demandante el señor GERARDO WILLIAM OCHOA GIL y como demandados INTEGRAL S.A. y TOPOGRAFÍA Y TRAZADOS S.A., proceso identificado con el radicado único nacional 05001-31-05-001-2009-00706-00, en el que se formularon las siguientes pretensiones por parte del citado señor:

“Basado en los anteriores hechos y obrando como apoderado del sector GERARDO WILLIAM OCHOA GIL le manifiesto que demando a la empresa INTEGRAL S. A. en sí misma y como empresa matriz de la hoy liquidada empresa TOPOGRAFIA Y TRAZADOS S. A. para que en proceso

ordinario laboral de mayor cuantía para que, en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, su despacho haga las siguientes o parecidas declaraciones:

Se declare que el señor GERARDO WILLIAM OCHOA GIL, portador de la cédula de ciudadanía 3.659.378, es merecedor de la pensión por haber laborado al servicio de tales empresas por espacio de tiempo superior a 15 años y haber sido despedido de la que le ocupaba para tal momento sin justa causa el día 17 de agosto de 1986.

Se declare que, de conformidad con el artículo 133 de la ley 100 de 1993, el señor Gerardo William Ochoa Gil adquirió el derecho a ser pensionado al momento de cumplir 55 años de edad, o sea el día 1 de septiembre de 1998 de conformidad con el artículo 133 de la ley 100 de 1993 y que el pago de la pensión por vejez corre a cargo de la empresa demandada.

Se condene a la empresa demandada al pago de la pensión por vejez al señor demandante desde el momento en que adquirió el derecho.

Se condene a la empresa demandada al pago de costas y gastos procesales.”

La primera instancia del referido proceso judicial, finalizó con sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín Adjunto 1º el 26 de noviembre de 2019, en la que se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación absolviendo a las demandadas de todas las pretensiones formuladas por el señor Ochoa Gil, condenando en costas a este último. Se advierte en dicha sentencia que el a quo no encontró demostrados los presupuestos de la pensión sanción deprecada, concluyendo que no existió unidad de empresa entre las demandadas para la fecha en que terminó el vínculo laboral, resaltando que para ese lapso eran empresas diferentes, por lo que no era procedente la sumatoria de tiempos para el reconocimiento de la pensión sanción; que, además, y en gracia de discusión de aceptarse tal unidad de empresa, no encontró configurado el requisito del despido injusto de que trata el artículo 133 de la ley 100 de 1993 (Frente a Topografía y Trazados S.A.), como tampoco, el atinente a que no estuviera afiliado al ISS, pues sí lo estaba. Esta providencia fue confirmada por la Sala Primera de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia del 16 de noviembre de 2012.

Una vez verificada la información de ambos procesos, para la Sala resulta un hecho incuestionable que no hay identidad de objeto toda vez que no se trata de la misma pretensión tal como concluyó la Juez de primer grado,

pues en el primero de ellos se discutió una pensión sanción, a la luz de lo establecido en el artículo 133 de la ley 100 de 1993, que tiene unos requisitos específicos según dicho artículo, esto es, un determinado tiempo de servicio para un determinado empleador (mayor a 10 años), que haya existido despido injusto, y que el trabajador no se hubiere afiliado al SGP (ISS) por omisión del empleador, los cuales no se encontraron acreditados en esa oportunidad, aduciéndose una pretendida unidad de empresa, que tampoco prosperó, como se anotó; y en este proceso lo que se pide, apelando a la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción laboral, es que la sociedad demandada responda por el tiempo laborado por el causante, señor Ochoa Gil, y no cotizado a caja o fondo de pensiones, con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, pagando el correspondiente cálculo actuarial.

Tampoco existe identidad de partes, principalmente por la pasiva, pues al proceso anterior fueron convocadas dos sociedades Integral S.A, y Tipografía y Trazados S.A. y en este trámite solo se demandó a una de ellas, Integral S.A. y a Colpensiones, que no fue convocada en el anterior.

Con relación a la identidad de objeto, en los dos procesos se aducen supuestos fácticos diferentes, como bien coligió la falladora de instancia, ya que en este se depreca la obligación de la empresa integral S.A. de responder por los periodos en los cuales dicha empresa no realizó cotizaciones al ISS por el señor Ochoa Gil, por cuanto en ese tiempo no se había llamado a inscripción en ese instituto a los trabajadores, y en el proceso adelantado en el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Medellín, se adujo una unidad de empresa, con Topografía y Trazados, para efectos de acreditar el tiempo exigido para la pensión sanción.

Es pertinente señalar que tampoco se presenta cosa juzgada con relación al proceso en el que se concilió la pensión de sobrevivientes en favor de la actora porque en dicho proceso la aquí demandante conformó la parte activa pidiendo para ella dicha pensión lo que no ocurre en este proceso en el que en representación de su cónyuge fallecido pide para éste el cálculo actuarial por el período en que trabajó para la demandada Integral S. A. siendo evidentemente diferentes la causa y el objeto en ambos procesos.

Por lo anterior, al no configurarse los presupuestos para declarar la excepción de cosa juzgada, por lo que se desestima también la excepción de existencia de dos procesos con fundamento en los mismos elementos axiológicos, propuestas por la sociedad demandada, se confirmará la decisión de primera instancia en este punto.

Ahora, con relación al segundo problema jurídico planteado, esto es, el tema de la responsabilidad que le asiste al empleador respecto a las obligaciones que reclama la activa por un tiempo durante el cual el causante Ochoa Gil laboró al servicio de Integral S.A, sin que se hubieran efectuado cotizaciones al ISS, cabe señalar que, bajo la óptica del derecho irrenunciable de la seguridad social, toda la responsabilidad por ausencia de afiliación (más allá de que la misma para las calendas pertinentes al caso haya sido optativa y no obligatoria, además de las consideraciones propias de la falta de cobertura del entonces Instituto de Seguros Sociales en la zona), son aspectos totalmente oponibles jurídicamente a la empresa demandada.

No puede perderse de vista que, si bien, conforme no se había creado la ley unificadora de la seguridad social para el periodo comprendido entre el 19 de agosto de 1965 al 05 de febrero de 1975, era el propio empleador el que asumía el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, y por ende estaba obligado a realizar los aprovisionamientos necesarios para cumplir con esa eventual pensión, pues así lo ordenaba la Ley 90 de 1946, y así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como puede verse en la sentencia CSJ SL 9856-2014, reiterada en las providencias CSJ SL 1300-2014, CSJ SL 10122-2017, CSJ SL068-2018 y CSJ SL-3547-2018, donde se definieron los siguientes aspectos: **(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, y **(iii) que la manera de concretar esa responsabilidad es mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.**

Destacando la Corte, que **la omisión en la afiliación por cualquier causa se resuelve con normas vigentes al momento en que se causa el derecho pensional reclamado y no las que regulaban la falta de afiliación para el momento en que el empleador incurrió en dicha omisión.** Así lo precisó la Sala en sentencia CSJ SL14215-2017:

(...) Al respecto, es suficiente recordar que a la luz de la jurisprudencia actual de esta Sala, «las normas que pueden contribuir a resolver [las] 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 afecte su sostenibilidad financiera» (...).

Razonamientos que también fueron acogidos por la Corte Constitucional en el Auto 068 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, y el cual se ha aplicado en varias sentencias de tutela, expuso:

*“En la sentencia T-784 de 2010 la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho a la seguridad social, pues la reconstrucción que hizo del régimen pensional aplicable a quienes trabajaban para las empresas dedicadas a la actividad petrolera, **le permitió acertadamente advertir que estas últimas sí estaban obligadas desde la Ley 90 de 1946 a efectuar los aprovisionamientos correspondientes para efectuar las cotizaciones al seguro social cuando así se les exigiera de acuerdo con la ley.** No obstante, está claro en el proceso que durante todo el tiempo que el señor Julio César Ariza Pinilla trabajó para las entidades demandadas, estas últimas se beneficiaron de la fuerza de trabajo del tutelante, quien prestó sus servicios personales bajo subordinación jerárquica, pero no hicieron los aprovisionamientos pensionales que le depararan a este último al llegar a su vejez, una vida verdaderamente digna y humana. La Corte Constitucional debe, entonces, corregir ese problema...”*

Criterios jurisprudenciales que comparte y acoge esta colegiatura, toda vez que en un estado social de derecho no se puede tolerar el que una persona que entregó su fuerza de trabajo por varios años, se vea perjudicada con la negación de un derecho constitucionalmente consagrado, irrenunciable y

directamente relacionado con el mínimo vital como principio y derecho iusfundamental, debiéndose por consecuencia, que ese tiempo se vea reflejado en sus cotizaciones a pensiones, a fin de algún día alcanzar el disfrute de las prestaciones que protegen los riesgos por invalidez, vejez y muerte, y por ello no se requiere que el demandante acredite los requisitos pensionales para que le sea reconocido el cálculo actuarial, pues estas cotizaciones le pertenecen **independientemente de que satisfaga o no los requisitos para una pensión de vejez.**

Incluso, la Corte Constitucional en su jurisprudencia, ha destacado que, en situaciones más extremas en las que la pensión se encuentre exclusivamente a cargo del empleador, sin afiliación, puede llegar a liberarse al asegurado de tener que asumir que ese tiempo no se tiene en cuenta, a efectos de acumular tiempo cotizado y no cotizado. Así, es del caso traer a colación la sentencia de la Corte Constitucional con radicado T-410 del 26 de Junio de 2014, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, según la cual se debe inaplicar el requisito relativo a la demostración de un contrato de trabajo, como lo refiere el literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9º de la Ley 797 del 2003, para efectos de acumulación del tiempo de servicio, toda vez que este requisito viola los derechos adquiridos del trabajador, la efectividad de las cotizaciones, los periodos trabajados y la seguridad social en los ingresos pensionales.

Así lo sostuvo la Sala Novena de revisión de la Corte Constitucional, en la providencia citada, al advertir que los jueces, en cada caso, deben aplicar la excepción de inconstitucionalidad de ese requisito y ordenarle al empleador trasladar al régimen de pensiones del trabajador el valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicios prestados. Con esta postura, el alto tribunal abandonó la tesis sostenida en la Sentencia T-814 del 2011, donde se había expuesto que era imposible inaplicar el requisito fijado en la norma y acumular, para efectos pensionales, los periodos laborados con anterioridad a la vigencia de la ley 100 ante empleadores que no tenían la obligación de afiliarse a sus trabajadores al ISS y cuyos contratos de trabajo ya habían expirado a la entrada en vigor del sistema general de pensiones.

Y en cuanto a la prescripción de la acción, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es reiterativa en señalar que los aportes a pensión o cotizaciones son imprescriptibles. En sentencia SL738-2018 ese alto tribunal precisó:

“En torno a este punto, en sentencias como las CSJ SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 y CSJ SL16856-2016, entre otras, la Corte ha sostenido que mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, no está sometida a prescripción.”

(...)

“A partir de todo lo anterior, se reitera, para la Corte las reclamaciones por omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones y sus consecuencias, en tanto están ligadas de manera necesaria tanto a la consolidación plena, como a la financiación debida de las respectivas prestaciones, no están sometidas al fenómeno de prescripción en tanto tal, en iguales términos que los prohijados por la Sala para el estatus de pensionado, sino tan solo en cuanto a las mesadas o los reajustes dejados de cobrar oportunamente.”

Ahora, en el caso concreto, el trabajador por el que se pide la inclusión de semanas de cotización en su historia laboral, previo cálculo actuarial, señor Ochoa Gil, falleció antes de iniciarse el proceso, de ahí que su cónyuge es quien presenta la demanda, no en nombre propio sino como heredera del causante, lo que por cierto la legitima por activa, como bien concluyó la a quo, decisión que discute la censura sin argumento alguno, circunstancia que cobra relevancia toda vez que la actora no pide para sí, máxime que en proceso diferente accedió a la pensión de sobrevivientes sin que se tuviera en cuenta en esa oportunidad el período aquí solicitado.

Se desprende de los hechos relatados en el libelo introductorio que el señor Ochoa Gil solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a Colpensiones y que dicha entidad, mediante Resolución N° GNR 276147 del 28 de octubre de 2013, le negó la pretensa pensión basando su decisión en que el afiliado a la fecha de la reclamación de la pensión tenía un total de 745 semanas cotizadas y, además de ello, no acreditaba 750 semanas al 25 de julio de 2005, razón por la cual no conservaba el Régimen de Transición, estudiando la prestación de vejez a la luz de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, doliéndose la reclamante que en esa oportunidad no se tuvo en cuenta

el período que ahora se reclama, esto es, del 19 de agosto de 1965 al 05 de febrero de 1975, infiriéndose de ello la posibilidad que, con las semanas cotizadas por dicho lapso, el señor Ochoa Gil sí hubiera podido acceder a la pensión de vejez, lo cual, si bien no se discute en este proceso, sí deja abierta una eventual consolidación de la pensión de vejez post mortem, toda vez que, con las semanas cotizadas reconocidas por Colpensiones en la historia laboral más actualizada del causante, del 16 de febrero de 2017, visible a folios 84 al 92, esto es, 813,11, incluso con las reconocidas al reconocer la pensión de sobrevivientes (823) y las que aquí se reclaman, 491 semanas, el causante cumplía, para el 2013, con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2013 para acceder a la pensión de vejez, de 60 años de edad y 1250 semanas cotizadas, haciéndose procedente, por tanto, el cálculo actuarial solicitado, por lo que se confirma también este punto de la sentencia apelada, así como la decisión de la a quo de no encontrar probadas las demás excepciones propuestas por Integral S.A., esto es, prescripción el cobro de lo no debido, la vulneración al derecho a la seguridad jurídica, derecho de defensa y de la libre empresa y la buena fe, decisión que fue recurrida por la apelante sin sustentación alguna.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión proferida y la desventura del recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la sociedad INTEGRAL S.A. las costas procesales en esta instancia estarán a cargo de esta parte y a favor de la demandante, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del art. 365 del Código General del Proceso, dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

VIII - DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISION LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado, que por apelación se revisa, por lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas en esta instancia, a cargo de la sociedad INTEGRAL S.A. y en favor de la demandante, dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000

TERCERO: En la debida oportunidad, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

CUARTO: Se ordena la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada