

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	GUILLERMO LEÓN ESCOBAR VILLA
DEMANDADO	C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. y COLPENSIONES.
RADICADO	05001-31-05-009-2013-00567-02
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Calculo actuarial
DECISIÓN	Confirma.

Medellín, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Estudiado, discutido, y aprobado en Sala virtual.

En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”; y surtido el traslado a las partes en los términos reglados, procede la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por el señor **GUILLERMO LEÓN ESCOBAR VILLA** contra la sociedad **C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. – “UNIBAN S.A.”** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, esta última en calidad de litisconsorte necesaria por pasiva.

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. – ANTECEDENTES

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación invocado por el apoderado judicial de la sociedad C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. – “UNIBAN S.A.”, contra la sentencia que profirió el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín - Antioquia, en la audiencia pública celebrada el día 5 de julio de 2018, dentro del proceso referenciado.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que el señor GUILLERMO LEÓN ESCOBAR VILLA, laboró gran parte de su vida en la zona de Urabá – Antioquia, y una de las empresas para las cuales prestó sus servicios, es la aquí accionada UNIBAN S.A. con quien laboró desde el 6 de agosto de 1976 al 5 de mayo de 1991, no obstante, solamente fue afiliado al ISS a partir del 1º de octubre de 1986, fecha en que inició la cobertura pensional en la zona de Urabá.

Señala el libelo genitor, que ese periodo laborado y no cotizado comprendido entre el 6 de agosto de 1976 y al 1º de octubre de 1986, le está haciendo falta al demandante para acceder a una pensión de vejez dentro del régimen de prima media con prestación definida, pues ya tiene satisfecho el requisito de la edad.

Que la sociedad accionada aduce que no tiene responsabilidad frente al periodo laborado y no cotizado, debido a la falta de cobertura del ISS en esa zona del país y en ese periodo de tiempo, desconociendo con ello que el art. 260 del Código Sustantivo de Trabajo, en su momento expresaba que donde no hubiere cobertura del ISS, la prestación en materia de seguridad social la debía asumir el empleador.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que SE DECLARE que al señor GUILLERMO LEÓN ESCOBAR VILLA, le asiste derecho a que le sea reconocida y pagada la CUOTA PARTE o PERIODOS DE COTIZACIÓN desde el 6 de agosto de 1976 hasta el 1º de octubre de 1986, en consecuencia, se condene a la sociedad C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. – “UNIBAN S.A.”, al reconocimiento y pago de este concepto, así como los intereses moratorios del art. 141 de la ley 100 de 1993, o en subsidio la indexación de las condenas, las costas del proceso, y todo lo que ultra y extra petita resulte acreditado en la Litis.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Admitida la demanda y corrido el traslado correspondiente, la sociedad C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. – “UNIBAN S.A.” contestó oportunamente a través de su apoderado judicial (fls. 44 al 51), manifestando frente a los hechos expuestos, que son ciertos aquellos que aluden a la relación laboral sostenida con el actor y los extremos de la misma, pero aclara que la prestación del servicio se dio en los municipios de Apartado, Chigorodó y Turbo, pertenecientes a la región del Urabá Antioqueño, también acepta el periodo de no cotización al ISS, y que ello se debió a una imposibilidad jurídica por falta de cobertura pensional del extinto ISS, en esa zona del país y en esa época específica. Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *“inexistencia de la obligación, y prescripción”*.

Mediante auto del 14 de octubre de 2015 (fls. 100), la juez de primer grado dispuso vincular oficiosamente y en calidad de litisconsorte necesaria por pasiva a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, quien procedió a dar respuesta a la demanda a través de su apoderada judicial, según consta a folios 109 y 110 del plenario, indicando que no le constan los supuestos fácticos aducidos por la activa, y que dada la calidad de Litis consorte necesaria por pasiva, para que reciba unas eventuales cotizaciones, le resulta impropio a la entidad, oponerse o allanarse a las

pretensiones de la demanda, no obstante, en caso de prosperar, se incluyan los intereses moratorios que se hubiese causado por el no pago oportuno de estos aportes.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En el fallo objeto de apelación, el juez a quo en audiencia pública de juzgamiento, celebrada el 5 de julio de 2020, CONDENÓ a la COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL UNIÓN DE BANANEROS DE URABA – UNIBAN S.A., a pagar y reconocer al señor GUILLERMO LEON ESCOBAR VILLA, el respectivo calculo actuarial por el periodo laborado y no cotizado al sistema de seguridad social, transcurrido entre el 6 de agosto de 1976 y el 1º de octubre de 1986, cuya liquidación estará a cargo de COLPENSIONES entidad donde se encuentra afiliado el demandante.

Impuso las costas del proceso a cargo exclusivo de UNIBAN S.A. y en favor del demandante, dentro de las cuales fijó como agencias en derecho la suma de \$1.562.484.

Como fundamento de su decisión estimó el juez de primer grado que si bien para la fecha en que el actor prestó sus servicios en la zona de Urabá, no existía cobertura del ISS hoy COLPENSIONES, y por ende no había lugar a efectuar cotizaciones, no puede perderse de vista que el empleador tenía a su cargo la obligación pensional respecto aquellos trabajadores frente a los cuales no había operado la subrogación pensional, no obstante, como el actor ya se encuentra afiliado a una administradora de pensiones, esa obligación patronal debe verse materializada en el pago de un cálculo actuarial, conforme lo señalado en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, y lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y también desestimo la excepción de prescripción, al considerar que los derechos pensionales, y concretamente la pensión de vejez, son imprescriptibles.

APELACIÓN DE UNIBAN S.A.: inconforme con decisión de primer grado, el apoderado judicial de la esta sociedad la ataca en alzada, manifestando en primer lugar, que en el sub lite, no está probado que el actor

este aspirando al reconocimiento y pago de una pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, y que las semanas de no cotización que se reclaman con la presente acción, sean necesarias para el reconocimiento de la referida prestación económica.

En segundo lugar, expone este recurrente, que la aplicación retroactiva del art. 33 de la ley 100 de 1993, se encuentra prohibida por la carta política, además el literal c) de la citada normativa, señala que ese tiempo no cotizado solo puede acumularse, siempre y cuando el empleador hubiere tenido a cargo el reconocimiento y pago de la pensión, presupuesto que en el presente caso no se cumple, pues la demandada UNIBAN S.A. jamás ha tenido una obligación en ese sentido.

Finalmente señala, que en el hipotético caso de colegirse que se deben garantizar las obligaciones pensionales del demandante, esto se haga a través de la figura de las “CUOTAS PARTES PENSIONALES”, esto es, pagando los aportes indexados, como lo ha expuesto la Corte Constitucional, toda vez, que ordenar el pago de un cálculo actuarial, resulta sumamente oneroso para un empleador, que ha sido cumplidor de sus obligaciones laborales. Además, el cálculo actuarial ordenado por el a quo, obligaría al empleador a asumir la totalidad de la cotización, a sabiendas que el trabajador también era partícipe de esta cotización.

Alegatos de conclusión.

Encontrándose dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el apoderado judicial de COLPENSIONES, Dr. PABLO ANDRES VANEGAS CARDONA portador de la T. P. Nro. 224.712 del C. S. de la J., presentó sus alegatos de conclusión en segunda instancia, solicitando se revoque la decisión adoptada por el Juez de instancia, toda vez que el caso que se ventila en el proceso judicial, es posible percibir que la parte demandante predica su obligación de reconocer en su favor derechos prestacionales y laborales, los que a su vez penden de la obligación de “COLPENSIONES” de recibir aportes constitutivos de cotizaciones pagadas de manera deficitaria, sin embargo el presunto empleador del afiliado, debe iniciar el trámite a que haya lugar, tendiente a solicitar ante la administradora de fondo de pensiones el cálculo

actuarial, adjuntando los documentos necesarios para realizar aquella labor en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, el artículo impone la obligación de los empleadores a realizar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones en favor de los empleados a su cargo, así lo determina el artículo 22 de la Ley 100 de 1993.

Resalta el actuar de la entidad siempre ha sido de buena fe, puesto que la misma no tuvo injerencia alguna en la supuesta relación laboral alegada, es imposible para la entidad conocer las circunstancias personales de cada uno de sus afiliados. Y por ende de la acreditación por parte de la demandante de esas circunstancias de hecho, es que depende el nacimiento de la obligación a cargo de COLPENSIONES.

Al referido apoderado judicial se le reconoce personería para actuar, en los términos del memorial de sustitución poder, conferido por el apoderado principal de la entidad, Dr. SANTIAGO MUÑOZ MEDINA, representante legal suplente de la sociedad MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S.

VI. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Naturaleza jurídica de la pretensión. – 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 dilucidar si al empleador C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. – “UNIBAN S.A.”, le asiste obligación de responder por el tiempo laborado y no cotizado caja o fondo de pensiones, con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, con respecto al trabajador GUILLERMO LEÓN ESCOBAR VILLA, y en caso afirmativo, determinar la manera en que debe operar el pago de dicha obligación.

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 6 de agosto de 1976 y el 1 de octubre de 1986, pues tales supuestos fácticos fueron aceptados por la empresa demandada, y declarados como probados en la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, en cuanto al juicio jurídico realizado por el recurrente, en cuanto a sostener que la obligación de aprovisionar hacia futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo servido por el trabajador, con respecto a aquellos empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, solo surgió con la vigencia de la Ley 100 de 1993, misma que no puede ser aplicada retroactivamente.

Al respecto, estima la Sala que este argumento de la irretroactividad de la ley planteado en la alzada, no puede tener acogida en esta instancia, por cuanto el mismo no tiene ningún fundamento jurídico o jurisprudencial, y menos, de orden constitucional, que haga soportar al demandante el hecho de tener que verse abocado a que ese periodo de tiempo laborado y aceptado por la empresa demandada, se vea perdido y sin ninguna trascendencia en el ámbito de la seguridad social. Es decir, que, concebida la sentencia en el proceso ordinario como una solución jurídica a una controversia, la que aquí se revisa en apelación no cumple con ese cometido.

Será preciso entonces, tratar el tema de la responsabilidad que le asiste al empleador respecto a las obligaciones que reclama el demandante por un tiempo durante el cual laboró a su servicio, antes de cobrar vigencia la Ley 100 de 1993.

Bajo esta óptica, en el caso materia de análisis, 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 C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. – “UNIBAN S.A.”

No puede perderse de vista que, si bien, conforme no se había creado la ley unificadora de la seguridad social para los periodos comprendidos entre el 6 de agosto de 1976 y el 1 de octubre de 1986; 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 párrafo 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 afiliar a sus trabajadores al ISS y cuyos contratos de trabajo ya habían expirado a la entrada en vigor del sistema general de pensiones.

La providencia de la Corte a la que se hace alusión, solo tiene como finalidad ilustrar cual es la tendencia actual de esta Alta Corporación frente a la problemática suscitada en el recaudo de cotizaciones, donde se colige que todo está orientado a convalidar el tiempo laborado, sin la exigencia de ciertos requisitos formales, que pueden volver nugatorio el derecho pensional como tal, motivos por los cuales habrá de confirmarse lo resuelto en primera instancia, al encontrarse ajustado a derecho y a la jurisprudencia nacional.

Finalmente, y frente a la manera en que se debe cumplir la obligación impuesta por el periodo laborado y no cotizado, considera la Sala que no resulta procedente ordenar el pago de una cuota parte pensional o en su defecto la simple indexación de los salarios u aportes, como equivocadamente lo sugiere el recurrente, dado que la cuota parte pensional solo aplica en el sector público, donde el monto de la pensión se distribuye en proporción al tiempo servido en cada una de las entidades públicas donde laboró el trabajador, además la

misma jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha dejado en claro que la figura que debe utilizarse para estos efectos, es la del CALCULO PENSIONAL, misma que debe ser asumida en su TOTALIDAD por el empleador, así se dejó expuesto en la sentencia SL-3547 del 22 de agosto de 2018, con radicación 68.421, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, veamos:

“...De entrada, se advierte que de manera reiterada, la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que es viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, sean computados a través de cálculos actuariales representados en títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador complete la densidad de cotizaciones exigida por la ley; esto es, bajo el entendido que el derecho a la seguridad social es irrenunciable e inalienable...”

En efecto, y dado que la sentencia de primer grado se encuentra acorde al criterio jurisprudencial expuesto, y que no existen más motivos de inconformidad frente a la misma, habrá de confirmarse en su integridad.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión proferida y la desventura del recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la sociedad C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. – “UNIBAN S.A.”, las costas procesales en esta instancia estarán a cargo de esta parte y a favor del demandante GUILLERMO LEÓN ESCOBAR VILLA, 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 \$877.803.

VII - 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 objeto de apelación de fecha y procedencia conocida, según lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia, a cargo de la sociedad C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. – “UNIBAN S.A.” y en favor del demandante, dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de \$877.803.

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

CUARTO: SE ORDENA la notificación por **ESTADOS** de esta providencia, y se autoriza su reproducción virtual a las partes del proceso.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada

Certifico:
Que el auto anterior fue notificado por
ESTADOS Nro. 139 fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal, a las 8 a.m.

Medellín, 24 de septiembre de 2020

Secretario