

TEMA: CÁLCULO ACTUARIAL - el empleador que no haya afiliado a su trabajador al régimen de aseguramiento pensional, incluso por causa de la falta de cobertura del ISS, debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores / **RETROACTIVO PENSIONAL / INDEXACIÓN /**

HECHOS: Ante las pretensiones consignadas en la demanda, el juez de primera instancia declaró que entre las partes existió una relación laboral y como consecuencia condenó a MINEROS ALUVIAL S.A.S a reconocer y pagar el valor del cálculo actuarial, como también condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor del demandante el retroactivo de la reliquidación pensional; para llegar a esta conclusión, explicó que la obligación de realizar la financiación de los periodos laborados, aún sin haber cobertura por parte del ISS en su momento, se hace exigible al empleador, a efectos de garantizar el acceso al derecho a la seguridad social. La decisión fue recurrida por la sociedad Mineros Aluvial S.A.S., quien consideró que no resultaba procedente la orden que se le impuso de cancelar un cálculo actuarial. Le corresponde a esta Sala establecer si había lugar a ordenar el pago de un cálculo actuarial, a efectos de que la entidad de seguridad social accionada asumiera un número adicional de semanas cotizadas. Además, establecer la procedencia o no del reajuste de la mesada pensional que inicialmente le fue liquidada al actor, así como el pago indexado de los valores adeudados.

TESIS: (...) La Corte Suprema de Justicia se ha encargado de definir que el empleador que no haya afiliado a su trabajador al régimen de aseguramiento pensional, incluso por causa de la falta de cobertura del ISS, debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y CSJ SL14215-2017), por lo tanto, debe asumir la financiación pensional correspondiente, a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, y CSJ SL1342-2019). (...) Adicionalmente, es dable resaltar que este caso en concreto bajo las particularidades que presenta, como es la vigencia del contrato de trabajo para el momento en que empezó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, tiene características particulares que lo ubican bajo una postura que inclusive sostenía esta corporación con antelación al año 2014, en razón a la aplicabilidad directa del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, particularmente el literal c) del parágrafo 1°, que establece que para el computo de semanas, se incluye «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente Ley». (...) Bajo estas consideraciones, es clara la obligación que le asiste al empleador de asumir el pago de los periodos ausentes de cotización, bajo la cancelación de un cálculo actuarial que deberá ser cancelado, y recibido a satisfacción por parte de la Colpensiones (...) Ahora, conforme la fórmula que establece el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el precepto 10 de la Ley 797 de 2003 se tiene que le corresponden aumentos de 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, por lo que conforme las que se toman por cotizadas por el actor (2017.42) significarían un adicional de (717.42), que representan un incremento del 21%, que sumado al 64.39% llevaría a 85.39%, pero al encontrarse un techo del 80% según la norma, será éste el que deba tenerse en cuenta. Además, se encuentra que el cálculo del retroactivo pensional que obtiene este cuerpo colegiado, procederá con su actualización para el momento en que se expide la presente providencia. (...)

M.P: JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS

FECHA: 06/02/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Jairo de Jesús Mejía Valencia
DEMANDADO	Colpensiones y Mineros Aluvial S.A.S.
RADICADO	05 001 31 05 009 2021 00004 01
TEMA	Calculo actuarial y reajuste pensión
DECISIÓN	Confirma sentencia.

Medellín, seis (6) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

En la fecha anunciada, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín procede a resolver en virtud del grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones. La Sala, previa deliberación, adopta el proyecto presentado por el magistrado ponente, que se traduce en la siguiente sentencia.

Pretensiones

Solicitó el demandante que se declarara la existencia de contrato de trabajo con Mineros Aluvial S.A.S. entre el 28 de enero de 1980 y el 30 de julio de 2019, así como la omisión de cancelar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones entre el 28 de enero de 1980 y el 30 de noviembre de 1983, y desde el 22 de marzo de 1984 y el 3 de octubre de 1988.

En consecuencia, que se condene a Mineros Aluvial S.A.S. al pago de aportes de conformidad con el cálculo actuarial que reciba a satisfacción Colpensiones, que deberá proceder con la liquidación de la pensión de vejez con una tasa de reemplazo del 80% desde el 1.º de junio de 2019, así como con el pago de intereses moratorios .

Hechos

Relató que laboró para Mineros Antioquia, hoy Mineros Aluvial S.A.S., desde el 28 de enero de 1980 hasta el 30 de julio de 2019 mediante contrato de trabajo, sin que el empleador hiciera el pago de cotizaciones entre el 28 de enero de 1980 y el 30 de noviembre de 1983, y desde el 22 de marzo de 1984 y el 3 de octubre de 1988. Además, que en la historia laboral le figuran 1587 semanas, aun cuando deberían ser 2017.42; que nació el 23 de marzo de 1957; que se le reconoció pensión de vejez con un IBL de \$1.845.184 y una tasa de reemplazo del 71.89%; que de haberse realizado todas las cotizaciones el porcentaje sería del 80%; y que reclamó el reajuste de la prestación el 12 de noviembre de 2020.

Contestaciones

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda que la relacionaban, luego de lo cual aceptó el número de semanas cotizadas que registra la historia laboral, el reconocimiento de la pensión de vejez, la solicitud de reajuste de la prestación, y la fecha de nacimiento del actor.

En cuanto a los demás supuestos, expuso que no le constaban, para finalmente presentar como excepciones de mérito las que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación de reliquidar la pensión de vejez, buena fe de *Colpensiones*, e imposibilidad de condena en costas.

Mineros Aluvial S.A.S. se opuso a las pretensiones de condena que la involucraban, además de lo cual aceptó que era cierta la existencia de relación laboral denunciada en la demanda más no el extremo final indicado. También reconoció la falta de pago de cotizaciones en los periodos indicados, lo cual sustentó en la falta de cobertura del sistema, para finalmente exponer que los demás supuestos no eran verdaderos hechos o no le constaban.

Presentó como medios exceptivos la falta de legitimación en la causa por activa, el hecho de un tercero, la inexistencia de la obligación, el descuesto por pago de aportes de un afiliado, y la prescripción.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, el 2 de febrero de 2023, mediante sentencia de primera instancia decidió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JAIRO DE JESUS MEJIA VALENCIA y la sociedad MINEROS ALUVIAL S.A.S existió una relación laboral sin solución de continuidad desde el 28 de enero de 1980 y el 31 de diciembre de 2019.

SEGUNDO: como consecuencia de la anterior declaración se CONDENA a MINEROS ALUVIAL S.A.S a reconocer y pagar el valor del cálculo actuarial por los periodos comprendidos entre el 28 de enero de 1980 y 30 de noviembre de 1983 y entre el 22 de marzo de 1984 al 3 de octubre de 1988, calculo que deberá ser realizado por COLPENSIONES concediéndole a esta entidad el termino de 30 días hábiles para que realice los cálculos correspondientes y 30 días adicionales a la sociedad MINEROS ALUVIAL S.A.S para que realice el correspondiente pago.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor del demandante por concepto de retroactivo de la reliquidación pensional causado desde el 1 de junio de 2019 hasta el 31 de enero de 2023 en la suma de \$ 7.623.946 y a partir del 1 de febrero de 2023 a continuar pagando una mesada equivalente a \$1.860.154.

CUARTO: ABSOLVER a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de los intereses de mora, sin embargo, se reconoce la actualización del valor reconocido en el presente proveído en lo que tiene que ver con la indexación atendiendo a los parámetros establecidos en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: Se declara no prosperas ni probadas las excepciones de mérito propuestas por las codemandadas de conformidad con los argumentos previamente expuestos y atendiendo a la naturaleza condenatoria de la decisión proferida.

SEXTO: Con fundamento en Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el CSJ, se fijan agencias en derecho en la suma de \$1.160.000, cantidad que pagará la parte demandada MINEROS ALUVIAL S.A.S en favor del demandante, sin costas a cargo de Colpensiones.

Para llegar a esta conclusión, explicó que la obligación de realizar la financiación de los periodos laborados, aún sin haber cobertura por parte del ISS en su momento, se hace exigible al empleador, a efectos de garantizar el acceso al derecho a la seguridad social, motivo por el

que consideró que procedía la orden frente al empleador, con lo cual se aumenta el número de semanas de cotización, que repercute en una mayor mesada pensional, en la medida que aumenta la tasa de reemplazo.

En virtud de lo anterior, procede con la liquidación del retroactivo, pero explica que no procede la imposición de intereses moratorios, debido a que no se trata en estricto sentido de una omisión por parte de Colpensiones, de allí que simplemente ordene la indexación, a partir de la pérdida de poder adquisitivo que sufre la moneda.

Apelación

La decisión adoptada en primera instancia fue recurrida por la sociedad Mineros Aluvial S.A.S., quien consideró que no resultaba procedente la orden que se le impuso de cancelar un cálculo actuarial. Posteriormente, estando el proceso en segunda instancia, se desistió del recurso de apelación interpuesto, motivo por el cual se conocerá la decisión de primer grado exclusivamente por virtud del grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones.

Alegatos

Vencido el término para la presentación de alegaciones, se verificó la no presentación de alegaciones por las partes.

CONSIDERACIONES

Se revisará la sentencia de primer grado en los puntos en los que la decisión desfavorece a Colpensiones, por virtud del grado jurisdiccional de consulta. Así, el problema jurídico principal que debe resolver la Sala radica en establecer si había lugar a ordenar el pago de un cálculo actuarial, a efectos de que la entidad de seguridad social accionada asumiera un número adicional de semanas cotizadas. Además, establecer la procedencia o no del reajuste de la mesada pensional que

inicialmente le fue liquidada al actor, así como el pago indexado de los valores adeudados.

Para resolver estos interrogantes, resulta fundamental partir de la base que existen unos supuestos fácticos respecto de los cuales no hay discusión, debido a que encuentran soporte en los documentos que se dispuso tener como prueba dentro del proceso.

1. Al demandante Jairo de Jesús Mejía Valencia le fue reconocida pensión de vejez por parte de Colpensiones, con base en 1587 semanas, aplicando un IBL de \$1.845.184 y una tasa de reemplazo del 71.89%, para una mesada pensional de \$1.326.503, conforme consta en la Resolución SUB 177665 de 2019 (Págs. 21 a 31 archivo 02 Demanda).
2. En historia laboral expedida por Colpensiones el 10 de mayo de 2019 figuran 1578.86 semanas cotizadas. Allí figura el ingreso el 1.º de diciembre de 1983 y aportes hasta el 21 de marzo de 1983, quedando un vacío entre el 22 de marzo de 1984 y el 3 de octubre de 1988 (Págs. 32 a 48 archivo 02 Demanda).
3. El actor estuvo vinculado laboralmente con la sociedad Mineros Aluvial S.A.S., mediante contrato de trabajo a término indefinido, entre el 28 de enero de 1980 y el 1.º de enero de 2020 (Pág. 49 archivo 02 Demanda).
4. Se encuentra informe de afiliación del actor al Instituto de seguros Sociales por parte de Mineros de Antioquia S.A. en el municipio de El Bagre para el 4 de octubre de 1988. Además, figura como fecha de ingreso a la empresa el 18 de enero de 1980 (Pág. 52 archivo 02 Demanda).
5. Se presentó ante Colpensiones solicitud de reajuste pensional e intereses moratorios el día 13 de enero de 2020 (Págs. 53 a 59 archivo 02 Demanda).
6. Se allegó Resolución 01002 de 1983 emitida por el ISS, donde regula el tema de la afiliación de trabajadores donde no se ofrece el servicio de salud, y se da la facultad de vinculación, esto es, como algo optativo. Igualmente es presentado el formulario de vinculación de Mineros de Antioquia S.A. como empleador ante

el ISS, del 1.º de diciembre de 1983 (Págs. 1 y 2 archivo 07 Copia de la Resolución).

Con base en esta situación particular, se debe precisar que para el momento en que inició el contrato de trabajo, no existía cobertura del Instituto de Seguros Sociales en El Bagre (Ant.), por lo que no se presentaba obligación legal para el empleador de efectuar cotizaciones al sistema de pensiones que administraba el ISS, situación que ha sido objeto de análisis por parte de la Corte Suprema de Justicia en forma reiterada en el último tiempo, donde se cuenta con una línea de pensamiento definida, en el sentido de indicar que aun cuando no se hubiera efectuado el llamado a inscripción, el empleador estaría obligado a contribuir con el título pensional por dichos períodos.

Lo anterior, con el objetivo de no menoscabar el derecho pensional de un trabajador, o permitirle acceder a una pensión conforme el tiempo real laborado, partiendo de la base que el empleador tenía la carga de garantizar los riesgos de invalidez, vejez y muerte, de manera que, cuando los mismos fueron subrogados por el ISS, subsistía la obligación de trasladar los respectivos aportes correspondientes a los tiempos en que el afiliado desarrolló la prestación personal del servicio a su favor.

Para arribar a esta conclusión, de destaca que el derecho a la seguridad social en nuestro ordenamiento jurídico interno, ha encontrado un importante desarrollo que nace principalmente del artículo 48 de la Constitucional Política, norma que establece:

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”.

Es importante igualmente reconocer, que esta protección no se constituye en una novedad del constituyente colombiano, sino que responde a lo que dentro de otras latitudes se desarrollaba, en la

medida que había sido ya incluido dentro de instrumentos internacionales.

Así mismo, en aras de determinar la extensión del derecho a la seguridad social, es preciso remitirse a las siguientes disposiciones del orden internacional con el objeto de determinar la reglamentación más favorable en materia de seguridad social dentro de nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual resulta imperativa la labor de consulta de los instrumentos de esta naturaleza que permitan avanzar en el esfuerzo de determinación del aludido derecho. Es así es como en el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona dispone que *«Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia»*.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia se ha encargado de definir que el empleador que no haya afiliado a su trabajador al régimen de aseguramiento pensional, incluso por causa de la falta de cobertura del ISS, debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y CSJ SL14215-2017), por lo tanto, debe asumir la financiación pensional correspondiente, a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, y CSJ SL1342-2019).

Sobre este asunto, se destaca lo dicho en la providencia CSJ SL2049-2021, en la que se indica:

Al respecto, reiterada ha sido la posición de la Sala en este sentido, al avalar este tipo de condena impuesta por el Tribunal, cuando en los lugares en donde no había cobertura del ISS es viable legalmente el pago de un título pensional producto de la elaboración de un cálculo actuarial, que represente la suma equivalente a los aportes no realizados, pues así lo ha dejado sentado en su jurisprudencia, por ejemplo en la sentencia CSJ SL3995-2019, que, a su vez, reiteró la CSJ SL9856-2014, en los siguientes términos:

[...] en decisión mayoritaria 32922, de 22 de julio de 2009, la Corte estimó que ante iguales supuestos fácticos, era viable y necesario que

los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en lugares de la geografía nacional, que no por incumplimiento empresarial, fueran «habilitados» a través de títulos pensionales a cargo del empleador, a efectos de que el dador del servicio completara la densidad de cotizaciones exigida por la Ley...

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la

aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, reconoce que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura; justamente en ella se lee que *«la filosofía misma del sistema de Seguridad Social demuestra diáfananamente que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.»*

Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que "mientras se organiza el Seguro Social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros".»

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

[...]

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del párrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta *«El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993»*, precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en *«consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados»*, de suerte que *«el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional»*, fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal.

De manera que no hay duda respecto a que aún por la falta de cobertura del ISS en el territorio en donde prestó servicios el demandante a favor de la convocada a juicio, lo que efectivamente no constituye omisión o negligencia de su empleador, ello no implica que desaparezca su obligación de efectuar el pago del cálculo actuarial, por cuanto entender lo contrario, afecta indiscutiblemente los intereses del trabajador.

En igual sentido merece la pena traer a colación lo dicho en la sentencia antes citada, la cual recordó lo dicho en la CSJ SL2138-2016, así:

Ahora bien, de los fundamentos de los cargos es posible inferir que el reproche de la censura se cimenta sobre tres argumentos diferentes, a saber: i) no existe disposición alguna que obligue a los empleadores a pagar los aportes pensionales correspondientes a tiempos de servicios prestados en los lugares en los que el Instituto de Seguros Sociales no tenía cobertura; ii) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 no puede derivarse una obligación de esa naturaleza, para este caso en particular, porque, de acuerdo con el texto del literal c) de la norma, era necesario que el contrato de trabajo estuviera vigente para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; iii) y, de cualquier manera, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no podía ser considerada como un empleador que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

La Sala abordará los referidos cuestionamientos en el orden planteado:

1. Pago de aportes pensionales por tiempos de servicios prestados en lugares en los que no había cobertura del Instituto de Seguros Sociales.

En primer lugar, resulta necesario precisar que el Tribunal no se equivocó al hacer eco de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, modificadas por la Ley 797 de 2003, relacionadas con la integración de tiempos de servicios para efectos pensionales, pues esta Sala de la Corte ha explicado que *«...las normas que pueden contribuir a resolver esas hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que se afecte su estabilidad financiera.»* (CSJ SL2731-2015 y SL14388-2015, entre otras).

En este caso el demandante cumplió la edad necesaria para causar la pensión de vejez el 13 de junio de 2004, cuando ya estaba vigente la Ley 100 de 1993, con sus modificaciones, de manera que no resultaba indebida la aplicación de sus disposiciones.

En segundo lugar, a partir de sentencias como las CSJ SL9856-2014 y CSJSL17300-2014 y teniendo en cuenta las reglas y principios de la Ley 100 de 1993, la Corte abandonó viejas posiciones como las que defiende el censor, en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a eventualidades de falta de pago de aportes al sistema de pensiones, por la falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales. En dichas decisiones se definió, entre otras cosas, i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no

actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional; iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «...en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar... que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.»

La referida orientación ha sido justificada recientemente, precisamente en esa «...vocación de protección universal e integral del Sistema de Seguridad Social...» a la que hizo referencia el Tribunal. En la sentencia CSJ SL14388-2015, se dijo al respecto:

Por virtud de lo anterior, se repite, la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado hasta encontrar una suerte de solución común a las hipótesis de «omisión en la afiliación» al sistema de pensiones, guiada por las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, que no se aleja diametralmente de la que se sostiene frente a situaciones de «mora» en el pago de los aportes, pues, en este caso, se mantiene la misma línea de principio de que las entidades de seguridad social siguen a cargo del reconocimiento de las prestaciones.

Ahora bien, aquí y ahora, para la Corte resulta preciso reivindicar la mencionada orientación y evolución en su jurisprudencia, pues el mencionado traslado de responsabilidades entre entidades de la seguridad social – para pago de las pensiones - y empleadores – para pago de cálculos actuariales -, es el que resulta más adecuado a los intereses de los afiliados y el más acoplado a los objetivos y principios del sistema de seguridad social.

Así lo sostiene la Corte porque, en primer término, la referida doctrina encuentra pleno apoyo en la evolución de la normatividad reflejada en disposiciones como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003. Asimismo, se acopla perfectamente a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad e integralidad, que velan por la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores, en el sentido amplio del término, a través de un sistema único, articulado y coherente, que propende por eliminar la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad.

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

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

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

En ese sentido, no se equivocó el Tribunal al inferir que, ante ese supuesto de falta de afiliación y pago de aportes, en los lugares en los que no tenía cobertura el Instituto de Seguros Sociales, el empleador tenía que contribuir a la financiación de la pensión, a través de la emisión de un cálculo actuarial.

Finalmente, frente al argumento expuesto por la recurrente, donde indica que el precedente no debe tener efectos retroactivos, como ya se indicó, en este caso encuentra plena justificación la orientación dispuesta por la jurisprudencia de esta Sala, toda vez que la misma ha propendido insistentemente por la protección y satisfacción del derecho pensional, de cara al reconocimiento de las responsabilidades y obligaciones que radican en cabeza del empleador.

Lo anterior adquiere mayor relevancia si se recuerda que, pese a no encontrarse vigente el precedente que hoy se expone, en relación a los tiempos objeto de reclamación, no debe obviarse o pasarse por alto la necesidad de respetar el precedente judicial estructurado por el órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral, el cual unifica la jurisprudencia, en pro de resolver las controversias de manera justa y efectiva.

Bajo las anteriores consideraciones, la Sala reitera el anterior criterio [...].

Adicionalmente, es dable resaltar que este caso en concreto bajo las particularidades que presenta, como es la vigencia del contrato de trabajo para el momento en que empezó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, tiene características particulares que lo ubican bajo una postura que inclusive sostenía esta corporación con antelación al año 2014, en razón a la aplicabilidad directa del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, particularmente el literal c) del párrafo 1°, que establece que para el computo de semanas, se incluye *«El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente Ley».*

Así se dejó sentado en sentencia CSJ SL, 22 jun. 2005, rad. 21925, donde se expresó:

De lo hasta aquí dicho se puede extraer que la contabilización del tiempo servido en empresas particulares para efectos de la pensión de jubilación mediante la expedición de un bono pensional es posible siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de empresas o empleadores a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión.
- b) Que el contrato de trabajo estuviera vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la ley 100.

Estas pautas son reiteradas en el artículo 115 de la ley en cita, cuando dispone que tendrán derecho al bono pensional los afiliados que “estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones”. Este precepto no deja duda que la expresión utilizada en el literal que se examina difiere radicalmente de los otros literales ya que mientras éstos se refieren a “hubiesen efectuado cotizaciones” aquel utiliza la expresión “estén vinculados”, de donde emerge que en este último caso se mantiene la exigencia de que el contrato de trabajo debe estar vigente para el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Bajo estas consideraciones, es clara la obligación que le asiste al empleador de asumir el pago de los periodos ausentes de cotización, bajo la cancelación de un cálculo actuarial que deberá ser cancelado, y recibido a satisfacción por parte de la Colpensiones.

A partir de lo anterior, en vista que los recursos que permiten al sistema asumir periodos adicionales están garantizados, por lo que no se ve afectado el principio de la sostenibilidad financiera, es claro que se trata de semanas que deberán ser reconocidas por la entidad de seguridad social, a efectos de tenerlas en cuenta a la hora de definir el derecho pensional.

En este orden de ideas, al revisar la situación del actor, a las 1587 semanas que se registran en la historia laboral de Colpensiones, hay lugar a adicionarle 430.42, que llevan a un total de 2017.42 semanas de cotización.

A partir de este número de semanas, y un IBL de \$1.845.184, conforme la fórmula que establece el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el precepto 10 de la Ley 797 de 2003, el resultado obtenido es el siguiente:

Rdo. 05-001-31-05-009-2021-00004-01
025-23

$r = 65.50 - 0.50 s,$

$r = 65.50 - 0.50 (2.23)$

$r = 64.39$

A este resultado inicial le corresponden aumentos de 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, por lo que conforme las que se toman por cotizadas por el actor (2017.42) significarían un adicional de (717.42), que representan un incremento del 21%, que sumado al 64.39% llevaría a 85.39%, pero al encontrarse un techo del 80% según la norma, será éste el que deba tenerse en cuenta.

Conforme lo anterior, la mesada pensional para 2019 pasa de \$1.326.503 a \$1.476.147. Además, se encuentra que el cálculo del retroactivo pensional que obtiene este cuerpo colegiado, se compadece con el realizado por la *a quo*, tal como se evidencia en el cuadro que se encuentra a continuación, motivo por el cual se mantendrá la decisión revisada, salvo que se procederá con su actualización para el momento en que se expide la presente providencia.

AÑO	MESADA RELIQUIDADA	MESADA ORIGINAL	IPC	DIFERENCIA	DÍAS POR AÑO	SUBTOTAL AÑO
2019	\$1,476,147	\$1,326,503	103.80%	\$149,644	240	\$1,197,152
2020	\$1,532,241	\$1,376,910	101.61%	\$155,330	390	\$2,019,296
2021	\$1,556,910	\$1,399,078	105.62%	\$157,831	390	\$2,051,807
2022	\$1,644,408	\$1,477,707	113.12%	\$166,701	390	\$2,167,118
2023	\$1,860,154	\$1,671,582	109.28%	\$188,573	390	\$2,451,444
2024	\$2,032,777	\$1,826,704		\$206,072	30	\$206,072
					TOTAL	\$10,092,890

De cara a la liquidación realizada, se modificará el numeral 3.º de la providencia objeto de estudio, en el sentido de cuantificar el retroactivo pensional liquidada entre el 1.º de junio de 2009 y el 31 de enero de 2024, en la suma de \$10.092.890, además de lo cual se dispondrá que se continúe pagando a partir del 1.º de febrero de 2024 una mesada pensional de \$2.032.777.

Finalmente, en lo que se refiere a la indexación, debe decirse que más que una pretensión que se sustente en unos hechos y que se corresponda como una condena adicional, es un mecanismo que se ha establecido con el fin de que el acreedor no se vea perjudicado por el

paso del tiempo a la hora de percibir el valor que se le adeuda y que su derecho se afecte en virtud de la inflación.

En este sentido como el paso del tiempo implica que el valor de la moneda se altere, se acude a la indexación como medio para regular las relaciones económicas deudor – acreedor, y que precisamente el obligado no se vea favorecido por la demora en pagar lo debido, por lo que incluso procede su orden de manera oficiosa.

Frente al tema, se destaca lo expresado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL359-2021 donde se precisó:

Por otra parte, tal como se detalló en el anterior cuadro, el retroactivo concedido deberá indexarse, dada la pérdida de poder adquisitivo de la moneda y el derecho de la actora a recibir el valor real de lo debido.

Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real.

Desde este punto de vista, cuando el juez del trabajo advierte un menoscabo a los derechos de las partes y, por este motivo, impone el pago de prestaciones económicas derivadas del sistema de pensiones, su labor no puede limitarse a la restitución simple y plana de dichos rubros; tiene la obligación de imponer una condena que ponga al perjudicado en la situación más cercana al supuesto en que se hallaría

de no haberse producido el menoscabo, tal como lo dispone el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, según el cual «dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales». Y la forma en que aquello se garantiza, en el marco de la protección especial a la seguridad social, es a través de la indexación como consecuencia de la incontenible depreciación de la moneda.

Bajo el análisis efectuado, se considera que la decisión revisada no presenta yerros, motivo por el que únicamente se procederá con la actualización de la condena impuesta.

No se impondrán costas en esta sede, al no verificarse su causación, debido a que el conocimiento del asunto se presenta por virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Sexta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR en numeral 3.º de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín el día 2 de febrero de 2023, dentro de proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Jairo de Jesús Mejía Valencia en contra de Colpensiones y de Mineros Aluvial S.A.S., en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor del demandante por concepto de retroactivo de la reliquidación pensional causado desde el 1 de junio de 2019 hasta el 31 de enero de 2024 en la suma de \$10.092.890; y a partir del 1 de febrero de 2023 a continuar pagando una mesada equivalente a \$2.032.777.

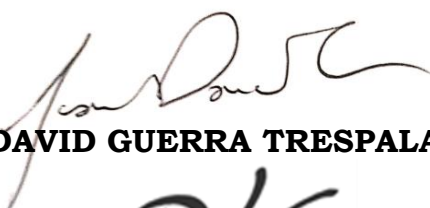
SEGUNDO: CONFIRMAR la decisión de primer grado en lo demás.

TERCERO: No se impone condena en costas en esta oportunidad.

Rdo. 05-001-31-05-009-2021-00004-01
025-23

Se notifica lo resuelto por EDICTO. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación, se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los magistrados,



JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ