

**TEMA: CÁLCULO ACTUARIAL-** Corresponde al valor presente de todas las obligaciones causadas y no pagadas por el empleador en los casos en que se omitió la afiliación (o no se reportó novedad de vínculo laboral) del trabajador al Sistema General de Pensiones.

**HECHOS:** Solicitó el demandante se condene a la empresa Cementos Argos S.A. a trasladar a la AFP Colfondos S.A. el valor del cálculo actuarial por los periodos laborados al servicio de Cementos El Cairo S.A. y Cementos del Nare S.A., sin cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, comprendidos entre el 11 de junio de 1984 y el 28 de abril de 1985, entre el 10 de agosto de 1985 y el 15 de febrero de 1993, y entre el 03 de abril de 1993 y el 25 de mayo de 1993. En sentencia de primera instancia el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín condenó a la empresa Cementos Argos S.A. a trasladar a la AFP Colfondos S.A. el valor del cálculo actuarial que esta habrá de liquidar en favor del señor Luís Fernando Muñoz Paniagua (...) teniendo como ingreso base de cotización los salarios reportados en la certificación incorporada al plenario, y para los periodos faltantes, la suma equivalente a un (1) SMLMV, incluyendo todos los conceptos constitutivos de salario. Debe la sala resolver si a la empresa Cementos Argos S.A., le asiste la obligación de reconocer y pagar un cálculo actuarial de ser afirmativo deberá la sala establecer cuál es el salario sobre el que se debe liquidar el cálculo actuarial.

**TESIS:** la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica y reiterativa en adoctrinar que los periodos de no afiliación, incluso por falta de cobertura, continúan estando a cargo del empleador que tenía en cabeza suya el riesgo pensional: “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, [...] pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional. (...) Así las cosas, esta corporación colige que la empresa Cementos Argos S.A. mantiene en cabeza suya la obligación de asumir los riesgos por la contingencia de la vejez, por el tiempo que el señor Luís Fernando Muñoz Paniagua laboró al servicio de Cementos El Cairo S.A., sin cotizaciones al ISS, entre el 11 de junio de 1984 y el 28 de abril de 1985, y entre el 10 de agosto de 1985 y el 15 de febrero de 1993, y al servicio de Cementos del Nare S.A., entre el 03 de abril y el 25 de mayo de 1993, obligación de la que solo podrá subrogarse mediante la conmutación pensional. (...) Ahora bien, en lo concerniente a la liquidación del cálculo actuarial la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto dispuso que para la liquidación del cálculo actuarial se tuviera como ingreso base de cotización, respecto de los periodos sobre los que no obra prueba de haberse percibido un salario diferente, la suma equivalente a un (1) SMLMV; siendo procedente destacar, tal y como lo refirió la recurrente, que la a quo negó el decreto de la inspección judicial y la exhibición de documentos, y tal decisión que no fue recurrida por la parte interesada en la consecución de la prueba cuya carga le correspondía (...) en relación a los pagos constitutivos de salario la Sala encuentra acreditado el carácter salarial de las primas semestrales de junio y de diciembre y de la prima de vacaciones y el monto al que ascendía, empero la fecha de pago solo se determinó respecto de las dos primeras, pues de la última, esto es, de la prima de vacaciones, no obra constancia de la fecha de pago, es decir, no están acreditados los periodos durante los que el señor Luís Fernando Muñoz Paniagua disfrutó de las vacaciones, siendo procedente traer nuevamente colación las reglas normativas y jurisprudenciales que regulan la carga de la prueba para revocar la sentencia de primera instancia, única y exclusivamente en cuanto dispuso considerar la prima de vacaciones al momento de liquidar el cálculo actuarial, ante la falta de acreditación de la fechas en que el actor devengó la referida prestación extralegal. (...) de la relación laboral el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo consagra, al establecer los efectos de la suspensión del contrato

previo “Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el empleador la de pagar los salarios [...]”, de lo que se infiere que para el empleador no se interrumpe la obligación de pagar los aportes para pensión. En efecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C1369 de 2000, declaró la exequibilidad condicionada de dicha norma, bajo el entendido de que “... le sea o no imputable la huelga, deberá el empleador garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social de los trabajadores que participaron en el cese de actividades mediante el pago de los correspondientes aportes para salud y pensiones”.

MP. SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

FECHA: 04/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN**  
**SALA QUINTA DE DECISION LABORAL**

Proceso:                   Ordinario Laboral  
Radicación:               05001-31-012-2019-00156-01  
Demandante:              Luís Fernando Muñoz Paniagua  
Demandadas:              Cementos Argos S.A. y AFP Colfondos S.A.  
Asunto:                    Apelación y Consulta de Sentencia  
Procedencia:              Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín  
M. Ponente:               Sandra María Rojas Manrique  
Temas:                     Relación laboral, cálculo actuarial y pensión de vejez.

**Medellín, abril cuatro (04) de dos mil veintitrés (2023)**

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y aprobado el proyecto propuesto por la magistrada ponente, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la codemandada Cementos Argos S.A., respecto de la sentencia proferida el 26 de febrero de 2024 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Luís Fernando Muñoz Paniagua contra Cementos Argos S.A. y la AFP Colfondos S.A., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-012-2019-00156-01.

**1.- ANTECEDENTES**

## **1.1.- DEMANDA**

El señor Luís Fernando Muñoz Paniagua instauró demanda ordinaria laboral pretendiendo que se condene a la empresa Cementos Argos S.A. a trasladar a la AFP Colfondos S.A. el valor del cálculo actuarial por los periodos laborados al servicio de Cementos El Cairo S.A. y Cementos del Nare S.A., sin cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, comprendidos entre el 11 de junio de 1984 y el 28 de abril de 1985, entre el 10 de agosto de 1985 y el 15 de febrero de 1993, y entre el 03 de abril de 1993 y el 25 de mayo de 1993.

En respaldo de tales pedimentos el señor Luís Fernando Muñoz Paniagua expuso que laboró al servicio de Cementos El Cairo S.A., entre el 11 de junio de 1984 y el 15 de febrero de 1993, que durante la vigencia de la relación de trabajo siempre devengó salarios superiores a tres (3) veces el SMLMV; que además recibía beneficios extralegales constitutivos de salario, equivalentes a 30 días de salario en el mes de junio, 30 días de salario en el mes de diciembre, y 15 días de salario durante las vacaciones; y que su historia laboral solo registra cotizaciones entre el 29 de abril de 1985 y el 09 de agosto de 1985.

Adujo también que laboró al servicio de Cementos del Nare S.A., desde el 03 de abril de 1993 y hasta el 25 de mayo de 1993; que durante dicho interregno devengó un salario promedio de \$234.403; y que no fue afiliado al Instituto de Seguros Sociales para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y en virtud de ello, no registra cotizaciones con dicho empleador.

Informó además que el 28 de diciembre de 2005 se perfeccionó el acuerdo de fusión por absorción celebrado entre la empresa Cementos Argos S.A., en calidad absorbente, y las sociedades Cementos El Cairo S.A. y Cementos del Nare S.A., en condición de absorbidas, adquiriendo la primera todos los derechos y obligaciones de las segundas.

Finalmente indicó que le solicitó a la empresa Cementos Argos S.A. certificar los extremos de su vinculación laboral con Cementos El Cairo S.A. y Cementos del Nare S.A., así como los conceptos salariales devengados durante cada relación de trabajo, los cuales solo fueron parcialmente certificados (doc.02, carp.01).

## 1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal, y a través de apoderado judicial legalmente constituido, la empresa **Cementos Argos S.A.** admitió que el señor Luís Fernando Muñoz Paniagua laboró al servicio Cementos El Cairo S.A., entre el 11 de junio de 1984 y el 15 de febrero de 1993, y que aquella, junto con Cementos del Nare S.A., fueron absorbidas por su representada el 28 de diciembre de 2005.

Aseveró que la relación laboral del actor con Cementos El Cairo S.A. estuvo mediada por algunos periodos de suspensión del contrato; que los beneficios extralegales que eventualmente se le hubieren reconocido no constituían factor salarial, al igual que las prestaciones sociales que se pretenden hacer ver como salarios; que durante la vigencia de la relación de trabajo no existía la obligación de afiliación en el municipio en el que prestó sus servicios el demandante; que para el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 ya había fenecido el contrato que vinculaba a las partes; que los salarios fueron certificados teniendo en cuenta la información encontrada; y que respecto de los periodos restantes no obra ninguna información en los archivos que en la fusión recibió la empresa, así como tampoco obra constancia de la existencia de una relación laboral entre el demandante y Cementos del Nare S.A.

Sostuvo que el principio de irretroactividad de la ley tiene plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano, y por ello, ninguna ley puede regular las situaciones jurídicas del pasado que se hayan definido o consolidado; de consiguiente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones excepcionando de fondo la prescripción – caducidad de la acción; buena fe; e inexistencia de la obligación (págs.01-21, doc.10, carp.01).

Por su parte, **la AFP Colfondos S.A.** dijo que no le constaba ninguno de los hechos enunciados en el libelo genitor, y aunque no se opuso a las pretensiones de la demanda, formuló como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, ausencia de derecho sustantivo, carencia de derecho y carencia de acción; falta de causa para demandar; falta de legitimación en la causa por pasiva; prescripción; compensación; y buena fe (págs.31-41, doc.10, carp.01).

### **1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 26 de febrero de 2024 condenó a la empresa Cementos Argos S.A. a trasladar a la AFP Colfondos S.A. el valor del cálculo actuarial que esta habrá de liquidar en favor del señor Luís Fernando Muñoz Paniagua, por los periodos comprendidos entre el 11 de junio de 1984 y el 28 de abril de 1985, entre el 10 de agosto de 1985 y el 15 de febrero de 1993, y entre el 03 de abril y el 25 de mayo de 1993, equivalentes a 439,57 semanas, teniendo como ingreso base de cotización los salarios reportados en la certificación incorporada al plenario, y para los periodos faltantes, la suma equivalente a un (1) SMLMV, incluyendo todos los conceptos constitutivos de salario, entre ellos, treinta (30) días de salario el mes de junio, treinta (30) días de salario en el mes de diciembre, y quince (15) días de salario durante las vacaciones; declaró improbadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a Cementos Argos S.A. en favor del demandante (doc.53, carp.01).

Para sustentar su decisión, la cognoscente de primer grado arguyó que corresponde a cada juez aplicar en el caso concreto la excepción de inconstitucionalidad sobre el contenido del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993; que el órgano jurisdiccional de cierre ha reiterado que el empleador que no hubiere afiliado al trabajador al ISS, aunque no hubiere sido llamado a inscripción obligatoria, tiene a su cargo la obligación de pagar el título pensional correspondiente; que si bien el demandante confesó que en vigencia de la relación de trabajo se produjo una

suspensión del contrato, no quedó dilucidado cuando ocurrió, por lo que no habría lugar a descontarla del cálculo actuarial; que correspondía a la parte actora probar el salario devengado por el trabajador a efectos de determinar el ingreso base de cotización, debiendo considerarse como tal, el monto equivalente a un (1) SMLMV, para los periodos que no tienen acreditado un salario diferente; y que todos los conceptos constitutivos de salario, tales como los beneficios extralegales concedidos al demandante, deben integrar el salario que servirá como base para la liquidación del cálculo actuarial, conforme a la confesión en que incurrió la representante legal de la demandada (desde el minuto 00:00:10, doc.52, carp.01).

#### **1.4.- RECURSOS DE APELACIÓN**

La procuradora judicial del señor **Luís Fernando Muñoz Paniagua** impetró el recurso de alzada, en procura de que se modifique el fallo de primer grado, fijando como ingreso base de cotización para la liquidación del cálculo actuarial el valor del salario reportado en el periodo inmediatamente anterior, respecto de los periodos que no fueron certificados, sustentando que conforme a las reglas de la sana crítica y de la experiencia, claro está que si, por ejemplo, en febrero, marzo y abril de 1985 el demandante devengaba un salario de \$36.000, resulta ilógico que para mayo, junio y julio del mismo año, devengara un (1) SMLMV.

Para ello explicó que en la certificación de salarios que se allegó con la demanda se omitieron algunos periodos, y en razón de ello, en la demanda se petitionó la práctica de inspección judicial y la exhibición de documentos con el objeto de verificar los conceptos devengados por el demandante, y aunque dichos medios de prueba no fueron decretados, lo cierto es que el despacho ofició a la demandada para que enviara constancia de la verificación de los archivos relacionados con el demandante, y la accionada allegó la misma certificación incorporada con la demanda; que la parte actora hizo todo lo posible para conseguir la prueba de los salarios devengados por el demandante, estando la accionada en mejor posición para demostrar el monto de las sumas sufragadas en favor del actor durante cada periodo (desde el minuto 00:21:25, doc.52, carp.01).

Por su parte, la poderhabiente judicial de la empresa **Cementos Argos S.A.** interpuso el recurso de apelación en procura de que se revoque el fallo de primer grado, sustentando que las disposiciones normativas que regularon la materia durante la vigencia de las relaciones laborales que existieron entre el demandante y Cementos El Cairo S.A. y Cementos del Nare S.A., no consagran la obligación de afiliación ni pago de aportes al Sistema de Seguridad Social; que el Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 90 de 1946, que solo hacen referencia al aprovisionamiento para los casos en los que existiera una expectativa legítima, esto es, para los trabajadores que hubieran cumplido los requisitos de jubilación, lo cual no se materializó respecto del demandante, ya que el mismo no acreditó 20 años de servicio, ni despido sin justa causa con 10 años de servicio; que el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 es claro en determinar que los empleadores debían realizar el aprovisionamiento para el pago de los aportes por el tiempo de servicios en que no existía cobertura del ISS, siempre y cuando la relación laboral estuviera vigente para la fecha de su entrada en vigencia, lo que no ocurre en el caso de autos; y que la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993 vulnera los derechos adquiridos del empleador, y la seguridad jurídica de las empresas, conforme a lo indicado por la Corte Constitucional cuando estudió la exequibilidad del literal c) del artículo 33 de dicha disposición normativa.

En subsidio, solicitó que se modifique el fallo, excluyendo del ingreso base de cotización para la liquidación del cálculo actuarial los beneficios extralegales concedidos al ex-trabajador, por cuanto no existe ninguna prueba que acredite que los mismos constituyeron factor salarial, ni las fechas en las que fueron cancelados, ni el monto al que ascendieron; y restando los 45 días, entre julio y agosto de 1985, que la relación de trabajo se suspendió por el cese de actividades promovido por la organización sindical, conforme a lo confesado por el demandante en el interrogatorio de parte (desde el minuto 00:29;10, doc.52, carp.01).

## **1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**



Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, la vocera judicial de la **AFP Colfondos S.A.** solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, explicando que su representada es un tercero ajeno a la controversia planteada y no tuvo injerencia en la conducta patronal omisiva de la demandada; que el deber de pagar la reserva actuarial para suplir los tiempos de no afiliación opera con independencia de que los empleadores no actuaran de manera incuriosa; y que las normas que resuelven la omisión de afiliación por falta de cobertura, son las vigentes al momento del cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación (doc.03, carp.01).

Por su parte, la apoderada judicial de la empresa **Cementos Argos S.A.** reiteró los argumentos esbozados con la sustentación del recurso de apelación, y precisó que el ISS solo llamó a inscripción para los empleadores de Montebello –Antioquia y Puerto Nare – Antioquia, en abril de 1994; que antes de la Ley 100 de 1993, la obligación pensional estaba a cargo de tres actores, el Estado, el empleador y el trabajador, debiendo restringirse la condena impuesta a su representada, únicamente al monto correspondiente al empleador; y que, incluso en la actualidad, no existe normativa que disponga el reconocimiento de intereses moratorios respecto del cálculo actuarial (doc.04, carp.01).

## 2. CONSIDERACIONES

### 2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

La competencia de esta Corporación está dada únicamente por los puntos que fueron objeto de apelación por el señor **Luís Fernando Muñoz Paniagua** y la empresa **Cementos Argos S.A.**, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, y los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, respectivamente.

En virtud de ello, no se emitirá pronunciamiento sobre los aspectos traídos a colación en los alegatos de conclusión por la empresa Cementos Argos S.A., y que no fueron abordados en la sustentación de la alzada, en virtud del principio de consonancia que gobierna la segunda instancia (artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social).

## **2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN LA PRIMERA INSTANCIA**

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que el señor Luís Fernando Muñoz Paniagua laboró al servicio de Cementos El Cairo S.A., entre el 11 de junio de 1984 y el 15 de febrero de 1993 (págs..82-86, doc.02, carp.01; pág.22, doc.10, carp.01), y al servicio de Cementos del Nare S.A. entre el 03 de abril y el 25 de mayo de 1993 (págs.76-78, doc.02, carp.01).

- Que solo registra aportes con el empleador Cementos El Cairo S.A. durante el periodo comprendido entre el 29 de abril y el 09 de junio de 1985, por 14,71 semanas, y no reporta ninguna cotización con el empleador Cementos del Nare S.A. (págs.88-92, doc.02, carp.01).

- Que el 04 de diciembre de 2003 el pretensor le solicitó a Cementos el Cairo S.A. el pago de los aportes para pensión por el tiempo laborado a su servicio (pág.74, doc.02, carp.01); petición que fue denegada el 06 de enero de 2004 arguyendo que para esa época no existía cobertura del ISS (pág.75, doc.02, carp.01).

- Que la empresa Cementos Argos S.A., mediante la Escritura Pública No.3.264 del 287 de diciembre de 2005, absorbió por fusión a las sociedades Cementos El Cairo S.A. y Cementos del Nare S.A., entre otras (págs.16-31, doc.02, carp.01).

## **2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER**

Debe determinar la Sala:

- ¿Si a la empresa Cementos Argos S.A., le asiste la obligación de reconocer y pagar un cálculo actuarial en favor del señor Luís Fernando Muñoz Paniagua, por el tiempo que laboró al servicio de Cementos El Cairo S.A. y Cementos del Nare S.A., sin cotizaciones para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, aunque no hubiere cobertura del Instituto de Seguros Sociales en el lugar que prestaba sus servicios?

En caso afirmativo se establecerá:

- ¿Cuál es el salario sobre el que se debe liquidar el cálculo actuarial, efecto para el que habrá que determinar a quién le asistía la carga de probar el monto de los salarios, y cuáles de los factores devengados constituían factor salarial?

#### **2.4.- TESIS DE LA SALA**

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual la empresa Cementos Argos S.A. mantiene a su cargo la obligación de asumir los riesgos por la contingencia de la vejez, respecto del tiempo que el demandante laboró al servicio de Cementos El Cairo S.A. y Cementos del Nare S.A., sin cotizaciones al ISS, obligación de la que solo podrá subrogarse mediante el pago de un cálculo actuarial.

Adicionalmente, se sostendrá que a la parte actora le incumbía probar el monto del salario devengado, so pena de que el cálculo actuarial fuera liquidado con base en un salario superior al SMLMV; que las prestaciones extralegales reconocidas en favor del demandante constituían factor salarial, estando llamadas a integrar el ingreso base de cotización para la liquidación del cálculo actuarial, con excepción de la prima de vacaciones, respecto de la que no se probó la fecha de pago; y que tampoco se acreditó una suspensión del contrato de trabajo por huelga, la cual, en todo caso, no interrumpe las obligaciones pensionales del empleador.

Así las cosas, el fallo de primer grado será **confirmado** en cuanto condenó a la empresa Cementos Argos S.A. a trasladar a satisfacción de la AFP Colfondos S.A. el valor del cálculo actuarial por el tiempo que el actor laboró al servicio de Cementos El Cairo S.A. y Cementos del Nare S.A., sin cotizaciones al ISS, teniendo como ingreso base de cotización los salarios reportados en la certificación incorporada al plenario, y para los periodos faltantes, la suma equivalente a un (1) SMLMV, incluyendo las primas semestrales de junio y diciembre de cada anualidad; y **revocado** única y exclusivamente en cuanto incluyó la prima de vacaciones para liquidar el referido cálculo actuarial.

## **2.5.- PREMISAS NORMATIVAS**

### **2.5.1.- De la subrogación de los riesgos de invalidez, vejez y muerte.**

La Ley 90 de 1946 estableció el seguro social obligatorio de los trabajadores contra los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, y muerte (artículo 1º), y al mismo, debían asegurarse obligatoriamente todos los individuos, nacionales y extranjeros que prestaran sus servicios subordinados en virtud de un contrato de trabajo o aprendizaje expreso o presunto, incluyendo a los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico (artículo 2º), estando en cabeza del entonces Instituto Colombiano de Seguros Sociales, la obligación de reconocer y pagar, entre otras, la pensión mensual y vitalicia de vejez, cuando el asegurado reúna los requisitos de edad y cotizaciones previamente establecidas por el instituto (artículo 47).

Posteriormente, y a través de Decreto 2663 de 1950, por el que se adoptó Código Sustantivo del Trabajo, se estableció que el trabajador que hubiere laborado para una misma empresa tendría derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, cuando arribara a los 55 años de edad, si fuere hombre, o a los 50 años, si fuere mujer, después de veinte (20) años de servicios (artículo 260), prestación que solo dejaría de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo fuere asumido por el Instituto de Seguros Sociales (artículos 193 y 259).

Más tarde, con el Decreto 3041 de 1966, aprobatorio del Acuerdo 224 del mismo año, se estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios, para los riesgos de invalidez y muerte de origen no profesional y el riesgo de la vejez, para los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, y para los trabajadores que prestaran sus servicios en empresas del sector oficial, siempre y cuando no estuvieren exceptuados por disposición legal expresa (artículo 1°); sin embargo, aquella obligación no surgió de forma inmediata, sino que se dio de manera paulatina en la medida que el ISS fue extendiendo su cobertura en el territorio nacional.

Finalmente, con la Ley 100 de 1993 se estableció que para el computo de las semanas a que consolidan el acceso a la pensión de vejez se tendrían en cuenta, entre otros, *“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”* (literal c) del artículo 33), disposición normativa que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-506 de 2001 argumentando que:

*“Para los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, antes de la Ley 100 se consagraba, entonces, una simple expectativa de su derecho a pensión que solo se concretaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos respectivos (artículo 260 del Código del Trabajo y Ley 6 de 1945 y 65 de 1946)”*

Sin embargo, cumple memorar que la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional en la Sentencia T-410 de 2014 explicó que la referida providencia:

*“... no analizó materialmente la presunta infracción del derecho constitucional a la seguridad social que supondría el requisito de vigencia del vínculo laboral para efecto de acumulación pensional establecido en el literal “c” del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 [...].*

*En efecto, las consideraciones sobre (i) el nacimiento de la obligación de aprovisionamiento de capital a partir de la Ley 100 de 1993, (ii) la imposibilidad de imponer cargas retroactivas a los empleadores, (iii) el resguardo de los principios de seguridad jurídica y (iv) el respeto por los derechos adquiridos de los patronos, solo representan elementos accidentales*

*de la decisión, al punto que la mayoría de ellos ni siquiera fueron construidos por la sentencia C-506 de 2001 sino tomados de la sentencia C-177 de 1998 a manera de referencia [...].*

*En estos eventos el juez de la causa concreta debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el aparte normativo “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993” contenida en el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y en la expresión similar contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y ordenar en su lugar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador”.*

Dichas consideraciones fueron reiteradas, entre otras, por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional en la Sentencia T-194 de 2017, respecto de la cual se solicitó la declaratoria de nulidad, por contrariar el precedente judicial fijado por la Sala Plena en la Sentencia C-506 de 2001, petición que fue resulta desfavorablemente por la misma corporación, mediante el Auto A-015 de 2018, sustentado:

*“Es incuestionable que la jurisprudencia constitucional ha establecido que respecto de las normas que fueron objeto de constitucionalidad no puede aplicarse la excepción de inconstitucionalidad [...].*

*No obstante, lo anterior, la Sala Sexta de Revisión cimentó la sentencia T-194 de 2017 en la tesis sostenida por otras Salas de Revisión (sentencias T-410 de 2014 y 665 de 2015) en torno a la cosa juzgada constitucionalidad relativa, en la medida que el cotejo realizado entre la sentencia C-506 de 2001 y la norma demandada solo se hizo de cara a un cargo, esto es, al derecho a la igualdad. [...]*

*Como balance de lo expuesto, se tiene que la posición fijada por la Sala Sexta de Revisión en la sentencia T-194 de 2017 no desconoce la tesis de la Sala Plena, puesto que si bien en sentencia C-506 de 2001 se declaró la constitucionalidad del literal c), parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, dicho acontecimiento fue relativo en la medida que la citada norma no se confrontó con todo el articulado de la Constitución”.*

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica y reiterativa en adoctrinar que los periodos de no afiliación, incluso por falta de cobertura, continúan estando a cargo del empleador que tenía en cabeza suya el riesgo pensional:

*“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, [...] pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.*

*Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica [...].*

*Al respecto, vale recordar que la obligación del pago de las pensiones de jubilación, estaba en cabeza de los empleadores antes de la creación del Instituto de Seguros Sociales. Por ello, cuando la Ley 90 de 1946 estatuyó el seguro social obligatorio, dispuso, en sus artículos 72 y 76, que esa entidad asumiría gradualmente el riesgo de vejez en aquellos sitios en los que iniciara su cobertura, para lo cual los empleadores debían realizar la provisión proporcional al tiempo que el trabajador había laborado y entregársela al instituto en tal momento, para efectos del reconocimiento del derecho pensional.*

*De modo que la carga pensional de jubilación continuó bajo la responsabilidad de los empleadores, aun cuando no hubiera presencia del ISS en algunas zonas geográficas o frente a algunos sectores de industria; deber que se mantuvo con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que así se contempló en los artículos 259 y 260 de dicho estatuto” (CSJ SL9856-2014; reiterada en las sentencias SI14388-2015; SL2138-2016; SL4103-2017; SL738-2018; SL5109-2019; SL3810-2020; SL2465-2021; SL3154-2022; SL677-2023, entre otras).*

Así las cosas, esta corporación colige que la empresa Cementos Argos S.A. mantiene en cabeza suya la obligación de asumir los riesgos por la contingencia de la vejez, por el tiempo que el señor Luís Fernando Muñoz Paniagua laboró al servicio de Cementos El Cairo S.A., sin cotizaciones al ISS, entre el 11 de junio de 1984 y el 28 de abril de 1985, y entre el 10 de agosto de 1985 y el 15 de febrero de 1993, y al servicio de Cementos del Nare S.A., entre el 03 de abril y el 25 de mayo de 1993, obligación de la que solo podrá subrogarse mediante la conmutación pensional. De consiguiente, se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó el reconocimiento, liquidación y pago del cálculo actuarial deprecado.

## 2.5.2.- De la liquidación del cálculo actuarial

Ahora bien, la cognoscente de primer grado dispuso que, para la liquidación del referido cálculo actuarial, se tuviera como ingreso base de cotización los salarios reportados en la certificación incorporada por la empresa Cementos Argos S.A. (doc.48, carp.01), y para los periodos faltantes, esto es, respecto de aquellos que no fueron certificados, se tuviera en cuenta la suma equivalente a un (1) SMLMV, sin embargo, la parte actora pretende que para dichos periodos, se tenga en cuenta el valor del salario reportado en el periodo inmediatamente anterior.

Pues bien, el artículo 167 del Código General del Proceso establece:

*“ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

*No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”*

Sobre la carga de prueba la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado:

*“De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado” (CSJ SL del 22 de abril de 2004, radicado 21779, reiterada, entre otras, en las Sentencias SL11325-2016, SL4032-2017, SL471-2019)*



Respecto de la prueba del monto de los salarios devengados por el trabajador, el órgano jurisdiccional de cierre ha señalado:

*“... recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos trascendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, **el monto del salario**, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros”* (CSL SL del 06 de marzo de 2012, radicado 42167, reiterada, entre otras, en las Sentencias SL9156-2015, SL11156-2017, SL4912-2020)

Y aunque la ausencia de medios demostrativos que acrediten el monto del salario, la misma corporación ha señalado:

*“En ese orden de ideas, esta colegiatura no tiene otra alternativa que suplir los datos requeridos con el salario mínimo legal mensual vigente para la época, a fin de tasar las condenas a que haya lugar, atendiendo lo prescrito en el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo y la jurisprudencia de esta Sala, según la cual, al no arrimarse prueba alguna que permita establecer el valor exacto de la asignación salarial, no hay otro camino que «tener como retribución devengada el salario mínimo legal mensual de la época» (CSJ SL16528-2016)”* (CSJ SL2876-2022)

En vista de ello, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto dispuso que para la liquidación del cálculo actuarial se tuviera como ingreso base de cotización, respecto de los periodos sobre los que no obra prueba de haberse percibido un salario diferente, la suma equivalente a un (1) SMLMV; siendo procedente destacar, tal y como lo refirió la recurrente, que la a quo negó el decreto de la inspección judicial y la exhibición de documentos, y tal decisión que no fue recurrida por la parte interesada en la consecución de la prueba cuya carga le correspondía (doc.40, carp.01); y que ejerciendo la facultad de distribución de la carga probatoria, la juez de instancia requirió a la empresa Cementos Argos S.A para que certificara el monto de los salarios devengados por el señor Luís Fernando Muñoz Posada (doc.43, carp.01), la cual refirió que *“... los salarios y periodos no relacionados se deben a que, luego de realizar una búsqueda en nuestros archivos y bases de datos*

*disponibles, no fue posible hallar los mismos, lo anterior, debido a la antigüedad de la información solicitada y a que en el proceso de fusión por absorción entre Cementos El Cairo S.A., y Cementos Argos S.A., alguna información no pudo ser recuperada” (doc.48, carp.01).*

Pese a ello, lo cierto es que en el plenario no obra medio de convicción que dictamine que el señor Luís Fernando Muñoz Paniagua devengó un salario superior a un (1) SMLMV respecto de los periodos que carecen de certificación, y en virtud de ello *«no hay otro camino que tener como retribución devengada el salario mínimo legal mensual de la época».*

En cuanto a otro de los puntos de la apelación, memórese que la parte demandada recurrió el fallo de primera instancia en procura de que se excluya del ingreso base de cotización para la liquidación del cálculo actuarial los beneficios extralegales concedidos al ex-trabajador, por cuanto no existe ninguna prueba que acredite que los mismos constituyeron factor salarial, ni las fechas en las que fueron cancelados, ni el monto al que ascendieron.

Sobre el particular, se advierte que la señora July Restrepo Sierra, representante legal de la entidad demandada manifestó que mientras el actor estuvo vinculado a Cementos El Cairo S.A. tenía derecho a una prima semestral en junio, equivalente a 30 días de salario, una prima semestral en diciembre, equivalente a 30 días de salario, y una prima de vacaciones, equivalente a 15 días de salario, pero no tiene claro si los mismos eran constitutivos de salario (desde el minuto 00:19:00, doc.51, carp.01 - parafraseado); en paralelo, se destaca que cuando la empresa Cementos Argos S.A. certificó el monto de los salarios devengados por el actor, anotó:

*“Medellín, 25 de julio de 2018*

*Señor*

*Luís Fernando Muñoz Paniagua*

*Calle 49 No 50 - 21. Oficina 3304*

*Medellín*

*En Respuesta a la solicitud por usted presentada, y luego de haber realizado una búsqueda exhaustiva en nuestra base de datos, le adjuntamos certificación con los salarios básicos devengados mes a mes 1984-1993 así:*

(...)

*Por último, se le informa que los factores salariales para las épocas relacionadas eran:*

- 1. Prima semestral de junio, equivalente a 30 días de salario*
- 2. Prima de vacaciones, equivalente a 15 días de salario básico.*
- 3. Prima semestral de diciembre, equivalente a 30 días de salario”*

(págs.84-86, doc.02, carp.01)

En vista de ello, la Sala encuentra acreditado el carácter salarial de las primas semestrales de junio y de diciembre y de la prima de vacaciones y el monto al que ascendía, empero la fecha de pago solo se determinó respecto de las dos primeras, pues de la última, esto es, de la prima de vacaciones, no obra constancia de la fecha de pago, es decir, no están acreditados los periodos durante los que el señor Luís Fernando Muñoz Paniagua disfrutó de las vacaciones, siendo procedente traer nuevamente colación las reglas normativas y jurisprudenciales que regulan la carga de la prueba para revocar la sentencia de primera instancia, única y exclusivamente en cuanto dispuso considerar la prima de vacaciones al momento de liquidar el cálculo actuarial, ante la falta de acreditación de la fechas en que el actor devengó la referida prestación extralegal.

Finalmente, y frente a la solicitud incoada por la empresa demandada para que del cálculo actuarial se resten 45 días, entre julio y agosto de 1985, por la presunta suspensión del contrato de trabajo por huelga, cumple indicar que, si bien el señor Luís Fernandino Muñoz Paniagua admitió en el interrogatorio de parte que “... *en junio de 1985 el sindicato paró la empresa por 45 días [...]*”, ” (desde el minuto 00:06:15, doc.51, carp.01) afirmación que fue reiterada por la señora July Restrepo Sierra, representante legal de la entidad demandada (desde el minuto 00:19:00, doc.51, carp.01), cumple memorar que, el numeral 7º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, en su versión original, vigente para aquella época, establece que el

contrato de trabajo se suspende: “Por huelga declarada en la forma prevenida la Ley “; de lo que cual se infiere, que la simple suspensión de actividades, por el tiempo referido por el demandante, no tiene la vocación de suspender el contrato de trabajo; adicionalmente, debe relievase que en el plenario no obra constancia de que la organización sindical, en efecto, hubiere declarado la huelga en los términos previstos en el numeral 4° del artículo 374 del mismo compendio normativo.

En todo caso, considérese que el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo consagra, al establecer los efectos de la suspensión del contrato previo “*Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el empleador la de pagar los salarios [...]*”, de lo que se infiere que para el empleador no se interrumpe la obligación de pagar los aportes para pensión. En efecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1369 de 2000, declaró la exequibilidad condicionada de dicha norma, bajo el entendido de que “... *le sea o no imputable la huelga, deberá el empleador garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social de los trabajadores que participaron en el cese de actividades mediante el pago de los correspondientes aportes para salud y pensiones*”.

De consiguiente, se desestimaré el cargo de apelación propuesto, y en su lugar, se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto ordenó el reconocimiento, liquidación y pago del cálculo actuarial en favor del demandante, sin descontar el número de días referidos por la demandada.

### **2.5.3.- De la condena en costas**

El numeral 1° del artículo 356 del Código General del Proceso prevé

*“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”.*

En vista de ello, las costas de esta instancia estarán a cargo del señor Luís Fernandino Muñoz Paniagua, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto; se fijan como agencias en derecho en favor de la empresa Cementos Argos S.A., la suma de \$1.300.000, que corresponde a un (1) SMLMV, conforme a lo reglamentado por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016.

Sin costas a cargo de la empresa Cementos Argos S.A., por haber alcanzado prosperidad el recurso de apelación impetrado, aunque fuere de manera parcial.

### **3.- DECISION**

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

#### **FALLA:**

**1.-** Se **REVOCA PARCIALMENTE** el numeral primero de la sentencia proferida el 26 de febrero de 2024 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Luís Fernando Muñoz Paniagua contra Cementos Argos S.A. y la AFP Colfondos S.A., única y exclusivamente en cuanto se dispuso incluir la prima de vacaciones en la liquidación del cálculo actuarial, prestación extralegal que por la falta de acreditación de las fechas en que se devengó, tendrá que ser excluirse de la referida liquidación.

**2.-** Se **CONFIRMA** en todo lo demás la sentencia de fecha y origen conocidos.

**3.-** Costas en esta instancia a cargo de Luís Fernando Muñoz Paniagua; las agencias en derecho en favor de Cementos Argos S.A., se fijan la suma de \$1.300.000.

4.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,



**SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE**



**LUZ PATRICIA CALLE QUINTERO**



**DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN**