

TEMA: CÁLCULO ACTUARIAL- Es responsabilidad de los empleadores de sufragar el título o bono pensional por el número de semanas efectivamente laboradas para una misma empresa, atendiendo el deber de aprovisionamiento dispuesto legalmente./

HECHOS: La parte demandante, solicita condenar a CEMENTOS DEL NARE S.A. hoy CEMENTOS ARGOS S.A. a reconocer y pagar al demandante de manera directa e indexada, previa liquidación del cálculo actuarial, el título pensional y/o la reserva actuarial de acuerdo con el salario devengado, de los aportes y cotizaciones para pensiones, por el tiempo en que le prestó sus servicios entre el 28 de enero y el 3 de noviembre de 1992 y que no le fueron cotizados. El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, declaró que existió relación laboral entre el 28 de enero hasta el 03 de noviembre de 1992, entre CEMENTOS ARGOS S.A. antes CEMENTOS DEL NARE S.A. y el demandante; que la empresa CEMENTOS ARGOS S.A. debe pagar cálculo actuarial pensional en favor del actor ante la AFP afiliadora del demandante, AFP PORVENIR S.A. El problema jurídico en esta instancia se centra en determinar: i) Si en el presente caso hay lugar a revocar el cálculo actuarial reconocido en primera instancia a cargo de la sociedad CEMENTOS ARGOS S.A.; ii) En caso de ser confirmada la decisión, analizar si hay lugar a exonerar del pago de intereses moratorios y sanción por no pago, conforme el Decreto 1887 de 1994; iii) Si hay lugar a revocar las costas procesales impuestas a CEMENTOS ARGOS S.A.

TESIS: Encuentra la Sala, que en sentencia T 281 de 2020, se hace un recuento de las diferentes tesis asumidas por la Corte Constitucional respecto al cálculo actuarial del tiempo laborado con anterioridad al 1º de abril de 1994.(...)Y finalizó la Corte Constitucional ese recuento jurisprudencial manifestando, que en esa oportunidad se asumiría la tercera tesis acompañada de argumentos dados por la Corte Suprema de Justicia.(...)Visto lo anterior, y al ser claro que la misma Corte Constitucional no ha guardado una directriz concreta y unánime en su línea jurisprudencial, con la cual se pueda determinar la imposibilidad de condenar a los empleadores que con anterioridad al 1º de abril de 1994 no realizaron aportes al sistema de seguridad social en pensiones, ante la falta de cobertura del ISS, para la Sala, no se puede dejar de lado, que desde la Ley 90 de 1946 en su art. 72, existía la obligación de que los empleadores realizaran un aprovisionamiento del dinero necesario para que realizaran los aportes al ISS y este asumiera la obligación pensional, y esta obligación de los empleadores ha sido refrendada por la Corte Constitucional, en sentencias tales como, la T-770 de 2013, en la que expreso "...es la responsabilidad de los empleadores de sufragar el título o bono pensional por el número de semanas efectivamente laboradas para una misma empresa, atendiendo el deber de aprovisionamiento dispuesto legalmente."(...)Y recientemente en sentencia SL 359 de 2024 "En armonía con las reflexiones transcritas, puede afirmarse que la doctrina vigente de esta Sala impone que, cualquiera sea el motivo de la falta de afiliación, los empleadores continúan a cargo de la contingencia pensional, tal cual lo dedujo el colegiado de instancia. De este modo, la solución efectiva a dicha situación es el pago del correspondiente cálculo actuarial con el propósito de atender la financiación de un eventual derecho pensional"(...)Sea esta la oportunidad para manifestar, que la sentencia citada, SL 673 de 2021, se hizo pronunciamiento expreso, frente a la excepción de inconstitucionalidad respecto del literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la cual se declaró exequible por la Corte Constitucional en sentencia C 506 de 2001 y que en virtud de ello su aplicación era erga omnes, a lo cual, consideró que no le asistía la razón al casacionista, toda vez que "la ratio decidendi de esa decisión se hizo únicamente desde la perspectiva del derecho a la igualdad" sin que se hayan basado en los principios de la seguridad social y los derechos adquiridos consagrados en los arts. 48 y 58 de la Constitución Política.(...)Posiciones acogidas por esta Sala, en aplicación del derecho viviente, ventilado en la

sentencia C 557 de 2001, al señalar: “Cuando una norma puede ser interpretada en más de un sentido y entre las interpretaciones plausibles hay una incompatible con la Constitución la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del texto normativo demandado debe ser tenida en cuenta para fijar el sentido, los alcances, los efectos, o la función de la norma objeto del control constitucional en un proceso, tal y como ha sido aplicada en la realidad... si esta interpretación jurisprudencial y doctrinaria representa una orientación dominante bien establecida, el juez constitucional debe, en principio, acogerla salvo que sea incompatible con la Constitución”; derecho entonces, que le da la potestad al Juez, de determinar cuál es la interpretación más plausible para llegar a la verdadera justicia material, siempre con miras a la aplicación del derecho fundamental constitucional. En este sentido, asumir pacíficamente la sentencia C-506 de 2001 implica que sobre los trabajadores recaiga la decisión injusta de quedar en el olvido un periodo laborado frente al cual el empleador tenía la obligación de aprovisionar los dineros necesarios para realizar los aportes al ISS y este asumiera la obligación pensional, pasando por alto los derechos fundamentales a la seguridad social y se pasaría por alto el derecho a la irrenunciabilidad a la seguridad social; además de que se estaría violentando la sostenibilidad financiera del sistema a sabiendas que un empleador ha evadido la subrogación del riesgo de vejez por el tiempo transcurrido de 1977 a 1982 ven este evento.(...)Con fundamento de la jurisprudencia citada, se concluye entonces, que el empleador demandado tenía la obligación de haber efectuado el pago de dicho dinero al ISS en cumplimiento de la Ley 90 de 1946 una vez iniciara la cobertura, que en este evento tuvo lugar el 1º de abril de 1994 en vista que la Resolución 4819 de 1992 no aparece la fecha en que inició la cobertura en La Sierra Municipio Puerto Nare, pero al no haberlo hecho es responsable del pago del título pensional por el tiempo transcurrido entre el 28 de enero de 1992 hasta el 03 de noviembre de 1992, debiendo ser CONFIRMADA la sentencia de primera instancia en este punto.(...)En lo que respecta a la inexistencia de la obligación de aprovisionar por no existir contrato a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional desde la sentencia T 410 de 2014 consideró que el juez debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad del aparte del literal c) del parágrafo 1º del art. 33 de la L 100 de 1993 modificado por el art. 9 de la L 797 de 2003 que señala “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”, debiendo entonces, ordenar el pago del cálculo actuarial por el tiempo de servicio prestado por el trabajador; aparte de la sentencia que ha sido invocada por la Corte Suprema de Justicia en las sentencia SL 2138 de 2016, SL 5535 de 2018 y SL 1356 de 2019.

MP:HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

FECHA: 13/12/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, trece (13) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024)

DEMANDANTE : EDGAR DE JESÚS YEPES QUIROZ
DEMANDADO : CEMENTOS ARGOS S.A.
LITISCONSORCIO NECESARIO: PORVENIR S.A y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-003-2022-00327-01
RADICADO INTERNO : 303-24
DECISIÓN : CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO : 352

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve los recursos de apelación en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante, solicita se DECLARE que entre el Sr. Edgar de Jesús Yepes Quiroz y la sociedad CEMENTOS DEL NARE S.A. hoy CEMENTOS ARGOS S.A. existió un contrato de trabajo que se desarrolló entre el 28 de enero y el 3 de noviembre de 1992, el cual terminó por renuncia del trabajador; que CEMENTOS DEL NARE S.A. hoy CEMENTOS ARGOS S.A. no afilió al demandante al sistema de seguridad social integral para los riesgos de invalidez, vejez y muerte durante el tiempo que duró la relación laboral; que la empresa demandada incumplió su obligación legal de hacer el aprovisionamiento de capital para hacer las contribuciones a nombre del demandante al subsistema de pensiones, necesarios para realizar el aporte previo al sistema de seguridad social en el momento en que el ISS asumiera la obligación por el tiempo en que le prestó sus servicios personales.

CONDENAR a CEMENTOS DEL NARE S.A. hoy CEMENTOS ARGOS S.A. a reconocer y pagar al demandante:

- Se condene a pagar de manera directa e indexada, previa liquidación del cálculo actuarial, el título pensional y/o la reserva actuarial de acuerdo con el salario devengado, de los aportes y cotizaciones para pensiones, por el tiempo en que le prestó sus servicios entre el 28 de enero y el 3 de noviembre de 1992 y que no le fueron cotizados, teniendo en cuenta que a pesar de que estuvo afiliado en una etapa de su vida para pensiones en el Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir S.A., dicho fondo de pensiones ya le efectuó la devolución de saldos de su cuenta de ahorro individual teniendo en cuenta que su saldo de ahorro no le alcanzaba para financiar una pensión de vejez además de no estar cotizando;
- De manera subsidiaria, en caso de considerar que dicho pago no es viable que se haga al demandante, se le ordene a la sociedad CEMENTOS DEL NARE S.A. hoy CEMENTOS ARGOS S.A. a reconocer a órdenes del Fondo de pensiones que elija el demandante, que en el término de 30 días, o en el que estime conveniente y prudente, y sea de manera indexada, previa la liquidación por parte de dicho fondo el cálculo actuarial, el título pensional y/o la reserva actuarial de acuerdo con el salario por el devengado de los aportes para pensión por el tiempo en que le prestó sus servicios personales entre el 28 de enero y el 3 de noviembre de 1992, y una vez el fondo de pensiones por él elegido reciba el dinero a satisfacción, se le haga entrega del mismo de manera directa e indexada.
- Se condene a la empresa demandada en costas procesales.

Fundamenta sus pretensiones manifestando que el demandante nació el 20 de agosto de 1958: prestó sus servicios a la empresa Cementos del Nare S.A. hoy Cementos Argos S.A. durante 9 meses y 6 días, a través de un contrato de trabajo a término indefinido que se desarrolló entre el 28 de enero y el 3 de noviembre de 1992, oportunidad en que el actor renunció voluntariamente; que antes y después de dicho contrato, el actor tuvo otras vinculaciones laborales que lo afiliaron en el Régimen de Prima Media en el ISS y ante el Régimen de Ahorro Individual a Porvenir S.A., y por esos periodos cotizó un total de 461 semanas; que esas semanas fueron indemnizadas al demandante por no haber

alcanzado el saldo suficiente para financiar una mesada pensional y haber superado la edad mínima sin estar cotizando al sistema.

Que el lugar de prestación del servicio, lo fue en el Corregimiento la Sierra del Municipio de Puerto Nare – Antioquia y el cargo contratado, fue de Mantenimiento Mecánico; el domicilio principal de la empresa Cementos del Nare S.A. hoy Cementos Argos S.A. siempre fue Medellín - Antioquia, aclarando que la accionada allí tenía a todo su personal afiliado a la seguridad social integral y destaca que en algunas épocas anteriores al año 1994 también tuvo afiliados a la seguridad social en los riesgos de I.V.M. a algunos de sus trabajadores. A pesar de haber laborado para Cementos Argos S.A, su empleador no lo afilió a la seguridad social integral, y si bien, en el Corregimiento la Sierra del Municipio de Puerto Nare - Antioquia, lugar donde también prestó sus servicios, no había el llamado a afiliar a la seguridad social a los trabajadores, Cementos del Nare S.A. hoy Cementos Argos S.A. tampoco lo afilió.

La accionada Cementos Argos S.A. certificó el tiempo de servicio laboral; que pese a ser conocido por Cementos Argos S.A. de la no afiliación del actor a la seguridad social integral, se ha negado al pago del cálculo actuarial, título pensional y/o su reserva actuarial.

CONTESTACIÓN DEMANDA

La sociedad CEMENTOS ARGOS S.A. al dar respuesta dijo que no le consta la fecha de nacimiento del actor; ni la existencia de relaciones laborales con anterioridad o posterioridad, a la relación laboral ejecutada con Cementos del Nare S.A.; ni la afiliación que el demandante tuvo en el RAIS y posteriormente al Régimen de Prima Media, le consta la entrega por parte de Colpensiones de una indemnización sustitutiva por 461 semanas. Que es cierto que el demandante prestó sus servicios para la empresa demandada entre el 28 de enero de 1992 hasta el 3 de noviembre 1992; la renuncia voluntaria presentada por el demandante; el lugar de prestación del servicio para Cementos Argos S.A.; el cargo contratado; el tiempo de servicios certificado por Cementos Argos S.A. Manifiesta que no es un hecho, lo relacionado con la solicitud elevada, de consignar los dineros correspondientes al cálculo actuarial, título pensional o reserva actuarial y el hecho que la empresa Cementos Argos S.A. haya sido condenada en múltiples oportunidades al pago del cálculo actuarial. Los hechos restantes los cataloga de no ser ciertos.

Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentación fáctica y legal. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; prescripción; compensación (expediente digital 11).

En la audiencia de conciliación, decisiones previas, saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas, el A Quo consideró necesario integrar a las sociedades Porvenir S.A y Colpensiones en calidad de litisconsorcio necesario por pasiva (expediente digital 18)

Colpensiones dio respuesta, señalando que se abstiene de pronunciarse frente a las pretensiones de la demanda; que no se debe imponer en su contra cualquier tipo de condena, porque no fue demandada sino citada en calidad de litisconsorte necesaria por pasiva.

En relación a los hechos de la demanda, acepta la fecha de nacimiento del actor y la edad, tomando como válida la copia de la cédula de ciudadanía; que el actor estuvo afiliado al sistema general de pensiones y el número de semanas cotizado a Colpensiones fue de 175.14 semanas. Frente a la solicitud de ordenarle a la accionada Cementos Argos S.A. entregar el cálculo actuarial, el título pensional o la reserva actuarial adeudados se le paguen directamente al ex trabajador, o se consigne a Porvenir S.A, y la condena impuesta a Cementos Argos S.A. en múltiples oportunidades, para reconocer y pagar el cálculo actuarial, el título pensional o la reserva actuarial adeudados se le paguen directamente al ex trabajador, los cataloga como hechos sobre los cuales no debe pronunciarse. De los hechos restantes, dice que no le constan.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; falta de causa para demandar – cálculo actuarial sin llamamiento a la afiliación al ISS; inexistencia de la obligación de reconocer y pagar intereses moratorios; compensación; buena fe de Colpensiones; imposibilidad de condena en costas; no condena por ultra y extrapetita; excepción innominada (expediente digital 21).

La sociedad Porvenir S.A en su contestación dijo no emitir pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda, por estar dirigidas en contra de la accionada Cementos Argos S.A., y respecto a la petición de condenar al pago de aportes para el subsistema de pensiones por el periodo comprendido entre el 28 de enero de y el 3 de noviembre de 1992, sostiene que Porvenir S.A fue

integrada con el único propósito de recibir el pago de los aportes pensionales dejados de pagar por la entidad empleadora en favor del demandante, y en la medida en que se acredite que no se le efectuaron los aportes para cubrir los riesgos, la AFP no se opone a que se emita ese pronunciamiento. Aceptó que el actor se encuentra afiliado a Porvenir S.A, en donde ya se le reconoció la devolución de saldos.

De los hechos de la demanda, acepta la fecha de nacimiento del actor y la afiliación al Porvenir S.A. y los hechos restantes no le constan. No propone excepciones de mérito (expediente digital 22).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 17 de octubre de 2024, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ que existió relación laboral entre el 28 de enero hasta el 03 de noviembre de 1992, entre CEMENTOS ARGOS S.A. antes CEMENTOS DEL NARE S.A. y el demandante; que la empresa CEMENTOS ARGOS S.A. debe pagar cálculo actuarial pensional en favor del actor ante la AFP afiliadora del demandante, AFP PORVENIR S.A.

Le ORDENÓ a la AFP PORVENIR S.A, que dentro del mes siguiente a la fecha a la cual quede en firme dicha sentencia, elabore cálculo actuarial pensional en favor de por el tiempo laborado para CEMENTOS ARGOS S.A. entre el 28 de enero al 03 de noviembre de 1992, teniendo como base salarial la suma de \$10.000 diarios por todo el año 1992, entre las fechas que se acaban de indicar.

Le ORDENÓ a CEMENTOS ARGOS S.A. antes CEMENTOS DEL NARE S.A, que dentro de los 2 meses siguientes a la fecha en que le sea presentado el cálculo actuarial pensional por la AFP PORVENIR S.A., proceda al pago real y efectivo de dicha suma de dinero a la AFP PORVENIR S.A. en favor del demandante. Y le ORDENÓ a la AFP PORVENIR S.A. que el cálculo actuarial pensional lo debe realizar y presentar a CEMENTOS ARGOS S.A. dentro del mes siguiente a la fecha en que quede en firme esa sentencia.

Dentro de los 2 meses siguientes en que sea pagado el cálculo actuarial pensional por CEMENTOS ARGOS S.A. a la AFP PORVENIR S.A. esta entidad hará la devolución de saldos que corresponda y liquidada según la Ley 100 de 1993, al demandante.

ABSOLVIÓ a Colpensiones de todas las pretensiones, prosperando la excepción de falta de legitimación de la causa por pasiva. Le ORDENÓ a la AFP PORVENIR S.A tal como se indicó, para que dentro del mes siguiente a la fecha en que quede en firme esa sentencia, se emita el cálculo actuarial pensional y dentro de ese mismo lapso, un mes, sea presentado a CEMENTOS ARGOS S.A. Condenó en costas procesales a cargo de CEMENTOS ARGOS S.A. en favor de la parte demandante.

Decisión que sustenta en los principios de irrenunciabilidad e imprescriptibilidad; que en la Ley 90 de 1946 las empresas debían realizar los provisionamientos contables por los empleados que tenía a cargo, y ello es asumido por la Corte Constitucional desde la sentencia SU 769 de 2014; que en el caso concreto, fue admitido por CEMENTOS ARGOS S.A. que el actor trabajó con ellos desde el 28 de enero al 3 de noviembre de 1992 y conforme a lo expresado anteriormente, la accionada debe pagar cálculo actuarial a PORVENIR S.A.

IMPUGNACIÓN

El apoderado de la sociedad Cementos Argos S.A. solicita se acoja el principio de la retroactividad que reposa en el ordenamiento jurídico y en sentencia C 691 de 2001, ello porque el sistema general de seguridad social en pensiones tuvo cobertura paulatina en las diferentes zonas geográficas del territorio nacional; que en el periodo en que se dio la relación laboral el ISS no llamó ha dicho un municipio a inscripciones, siendo imposible realizar la afiliación, siendo a partir de la Ley 100 de 1993 que está cobertura se dio a nivel nacional sin embargo en ese momento el actor no tenía contacto laboral vigente con la empresa al haber finalizado el 3 de noviembre de 1992. Sustenta su recurso con el salvamento de voto realizado en la sentencia con radicado 82138.

En caso de ser ratificada la decisión de pagar el cálculo actuarial se exonere del pago de intereses moratorios y sanción por no pago intrínseca en la liquidación del cálculo actuarial, conforme el Decreto 1887 de 1994, solicitud que eleva conforme sentencia del Tribunal Superior de Medellín Sala Cuarta Decisión, radicado 0501 31 05 009 2017 00 1600.

Y sea exonerada la accionada de costas procesales, por haber actuado la entidad de buena fe y bajo las leyes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico en esta instancia se centra en determinar: i) Si en el presente caso hay lugar a revocar el cálculo actuarial reconocido en primera instancia a cargo de la sociedad CEMENTOS ARGOS S.A; ii) En caso de ser confirmada la decisión, analizar si hay lugar a exonerar del pago de intereses moratorios y sanción por no pago, conforme el Decreto 1887 de 1994; iii) Si hay lugar a revocar las costas procesales impuestas a CEMENTOS ARGOS S.A.

1. Del cálculo actuarial a cargo de la sociedad CEMENTOS ARGOS S.A.

Encuentra la Sala, que en sentencia T 281 de 2020, se hace un recuento de **las diferentes tesis** asumidas por la Corte Constitucional respecto al cálculo actuarial del tiempo laborado con anterioridad al 1º de abril de 1994, en donde se dijo:

“ 5.1. En la Corte Constitucional se han presentado, por lo menos, cuatro posturas, a saber:

Primera tesis. *El empleador no estaba obligado a cotizar antes del llamamiento que hiciera el ISS. (...) En la misma línea, la Corte adujo (ii) que la obligación de aprovisionar recursos para, a futuro, entregarle al ISS el valor de un cálculo actuarial, solo nació con el artículo 33, literal c, de la Ley 100 de 1993, de manera que tal mandato no existía con anterioridad y si se impusiera, vía legislativa, ello infringiría el principio de la irretroactividad de la ley en el tiempo, lo cual “sería necesariamente inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica, postulado básico de un Estado de Derecho” .*

Segunda tesis. *Las empresas, aun cuando no habían sido llamadas por el ISS para cotizar en favor de sus empleados, sí mantenían, por mandato de las leyes 6 de 1945 y 90 de 1946, **la obligación de aprovisionar los recursos necesarios** para que estos fueran tenidos en cuenta al momento de reconocer la pensión de vejez.*

*Esta postura ha sido defendida por diversas Salas de Revisión. Fundamentalmente se sostiene que, en escenarios como el presente, “la interpretación que se encuentra acorde a la Constitución, es que desde la entrada en vigencia del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 se impuso **la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos** de capital necesarios para realizar el aporte*

previo al sistema de seguro social en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asumiera la obligación” (...).

Tercera tesis. Si bien no existía obligación legal frente a aprovisionamiento alguno, una aplicación acrítica de la Sentencia C-506 de 2001 puede derivar en una situación altamente injusta que no puede ser aceptada a la luz de la Constitución, como lo es que un trabajador pierda un periodo laborado y por ello no logre acceder a la pensión de vejez. (...)

Cuarta tesis. Se ha dicho que la Sentencia C-506 de 2001, declaró exequible la previsión del artículo 33, literal c, de la Ley 100 de 1993 y, con ello, avaló la imposibilidad de que los tiempos de servicio prestados con empleadores capaces de pensionar, cuya relación laboral hubiere terminado antes de la entrada en vigencia de esa norma, fueran computados a efectos de reconocer una pensión de vejez. (...)

Sobre esta base, la Sentencia T-665 de 2015 ordenó al empleador efectuar un cálculo actuarial que pagaría luego a Colpensiones, por los aportes dejados de efectuar cuando no había cobertura del Instituto.”(Negrilla fuera del texto)

Y finalizó la Corte Constitucional ese recuento jurisprudencial manifestando, que en esa oportunidad se asumiría la tercera tesis acompañada de argumentos dados por la Corte Suprema de Justicia.

Visto lo anterior, y al ser claro que la misma Corte Constitucional no ha guardado una directriz concreta y unánime en su línea jurisprudencial, con la cual se pueda determinar la imposibilidad de condenar a los empleadores que con anterioridad al 1º de abril de 1994 no realizaron aportes al sistema de seguridad social en pensiones, ante la falta de cobertura del ISS, para la Sala, no se puede dejar de lado, que desde la Ley 90 de 1946 en su art. 72, existía la obligación de que los empleadores realizaran **un aprovisionamiento** del dinero necesario para que realizaran los aportes al ISS y este asumiera la obligación pensional, y esta obligación de los empleadores ha sido refrendada por la Corte Constitucional, en sentencias tales como, la T-770 de 2013, en la que expreso “...**es la responsabilidad de los empleadores de sufragar el título o bono pensional por el número de semanas efectivamente laboradas para una misma empresa, atendiendo el deber de aprovisionamiento dispuesto legalmente.**”

Y en la sentencia T-396 de 2018 plasmó:

*“...Con fundamento en el marco normativo expuesto, la Corte Constitucional, a través de sus diferentes Salas de Revisión, ha señalado **el deber de los empleadores de aprovisionar** los recursos necesarios para el reconocimiento y pago de las pensiones de sus trabajadores, como se expondrá a continuación.(...)”*

*En esa ocasión, la Sala Sexta de Revisión reiteró el precedente constitucional sobre la acumulación de tiempos de servicios prestados y **el deber de aprovisionamiento de los empleados**, establecido en las sentencias T-784 de 2010, T-712 de 2011, T-549 de 2012, T-492 de 2013, T-518 de 2013, T-676 de 2013, T-770 de 2013, T-410 de 2014, T-665 de 2015 y T-714 de 2015, en las que se sostuvo que:*

*(i) **El deber de aprovisionamiento de los empleadores surgió desde 1946**, sin importar la fecha en que entró a funcionar el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, conforme con el artículo 72 de la Ley 90 de 1946. (...)*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia al analizar el mismo tema que hoy se debate, entre otras, en las sentencias SL 8647 de 2015 y en la sentencia SL 4072 de 2017, manifestó en esta última:

*“...Ahora, en lo concerniente a que solo hasta el 1 de agosto de 1986 - fecha en la que el ISS asumió la cobertura de IVM-, la empresa accionada tuvo a su cargo el reconocimiento pensional, pues este la subrogó en dicha obligación dado que para esa fecha el actor había laborado menos de diez años con la sociedad demandada, es de señalar que **los riesgos pensionales en cabeza del empleador solo cesan con la subrogación a la respectiva entidad de seguridad social**, la que, como se recuerda para el caso del actor, solo tuvo ocurrencia el 1 marzo de 1994. No obstante, **lo cierto es que el tiempo de servicios no cotizados por falta de cobertura del ISS, no puede ser desconocido**, al punto que el empleador conserva una responsabilidad financiera respecto del trabajador, que se traduce en el pago de un cálculo actuarial. (...)*

En sentencia SL 673 de 2021 reitera esta posición, retomando apartes de las sentencias SL 9856 y SL 17300 de 2014, en donde se le impone al empleador la carga de asumir los periodos no cotizados en virtud de la falta de cobertura del ISS en virtud del aprovisionamiento planteado en la Ley 90 de 1946. Al respecto retoma de la sentencia SL 9856 de 2014 lo siguiente:

“En efecto, la Corte en la sentencia citada dio por sentado que con la Ley 90 de 1946 se garantizó el mejoramiento integral de los trabajadores a través de una cobertura efectiva de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, promoviendo un beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente, mientras se extendía la cobertura a los contingentes de trabajadores que sistemáticamente fueran llamados a inscripción, reconociendo que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura, y para ello señaló:

“... 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.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.”

En sentencia reciente SL 244 del 8 de febrero de 2023 reitera la Corte, la posición donde el empleador debe asumir el pago de los periodos que no fue afiliado y no se realizó cotizaciones al trabajador. Al respecto señaló:

“En cuanto a los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, la Sala reitera su alcance, bajo el entendido que sí dispusieron una obligación a cargo de los empleadores de realizar la provisión proporcional al tiempo en que el trabajador laboró. Y en el caso de los empleadores respecto de los cuales no empezó a operar la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por falta de cobertura del ISS, no los liberó de responsabilidad, pues estos riesgos continuaron a su cargo en vigencia de los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo. (...)”

Y recientemente en sentencia SL 359 de 2024 *“En armonía con las reflexiones transcritas, puede afirmarse que la doctrina vigente de esta Sala impone que, cualquiera sea el motivo de la falta de afiliación, los empleadores continúan a cargo de la contingencia pensional, tal cual lo dedujo el colegiado de instancia. De este modo, la solución efectiva a dicha situación es el pago del correspondiente cálculo actuarial con el propósito de atender la financiación de un eventual derecho pensional”*

Sea esta la oportunidad para manifestar, que la sentencia citada, SL 673 de 2021, se hizo pronunciamiento expreso, frente a la excepción de inconstitucionalidad respecto del literal c) del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la cual se declaró exequible por la Corte Constitucional en sentencia C 506 de 2001 y que en virtud de ello su aplicación era erga omnes, a lo cual, consideró que no le asistía la razón al casacionista, toda vez que *“la ratio decidendi de esa decisión se hizo únicamente desde la perspectiva del derecho a la igualdad”* sin que se hayan basado en los principios de la seguridad social y los derechos adquiridos consagrados en los arts. 48 y 58 de la Constitución Política.

Posiciones acogidas por esta Sala, en aplicación del derecho viviente, ventilado en la sentencia C 557 de 2001, al señalar: *“Cuando una norma puede ser interpretada en más de un sentido y entre las interpretaciones plausibles hay una incompatible con la Constitución la interpretación jurisprudencial y*

doctrinaria del texto normativo demandado debe ser tomada en cuenta para fijar el sentido, los alcances, los efectos, o la función de la norma objeto del control constitucional en un proceso, tal y como ha sido aplicada en la realidad... si esta interpretación jurisprudencial y doctrinaria representa una orientación dominante bien establecida, el juez constitucional debe, en principio, acogerla salvo que sea incompatible con la Constitución”; derecho entonces, que le da la potestad al Juez, de determinar cuál es la interpretación más plausible para llegar a la verdadera justicia material, siempre con miras a la aplicación del derecho fundamental constitucional. En este sentido, asumir pacíficamente la sentencia C-506 de 2001 implica que sobre los trabajadores recaiga la decisión injusta de quedar en el olvido un periodo laborado frente al cual el empleador tenía la obligación de aprovisionar los dineros necesarios para realizar los aportes al ISS y este asumiera la obligación pensional, pasando por alto los derechos fundamentales a la seguridad social y se pasaría por alto el derecho a la irrenunciabilidad a la seguridad social; además de que se estaría violentando la sostenibilidad financiera del sistema a sabiendas que un empleador ha evadido la subrogación del riesgo de vejez por el tiempo transcurrido de 1977 a 1982 ven este evento.

Con fundamento de la jurisprudencia citada, se concluye entonces, que el empleador demandado tenía la obligación de haber efectuado el pago de dicho dinero al ISS en cumplimiento de la Ley 90 de 1946 una vez iniciara la cobertura, que en este evento tuvo lugar el **1º de abril de 1994** en vista que la Resolución 4819 de 1992 no aparece la fecha en que inició la cobertura en La Sierra Municipio Puerto Nare, pero al no haberlo hecho es responsable del pago del título pensional por el tiempo transcurrido entre el **28 de enero de 1992 hasta el 03 de noviembre de 1992**, debiendo ser CONFIRMADA la sentencia de primera instancia en este punto.

En lo que respecta a la inexistencia de la obligación de aprovisionar por no existir contrato a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional desde la sentencia T 410 de 2014 consideró que el juez debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad del aparte del literal c) del parágrafo 1º del art. 33 de la L 100 de 1993 modificado por el art. 9 de la L 797 de 2003 que señala *“siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”*, debiendo entonces, ordenar el pago del cálculo actuarial por el tiempo de servicio prestado por el trabajador; aparte de la sentencia que ha sido invocada por la

Corte Suprema de Justicia en las sentencia SL 2138 de 2016, SL 5535 de 2018 y SL 1356 de 2019.

2. De la exoneración del pago de intereses moratorios y sanción por no pago intrínseca en el cálculo actuarial, conforme el Decreto 1887 de 1994

No se accederá a dicha solicitud, teniendo en cuenta que el empleador que omite realizar el pago de aportes al sistema de seguridad social, debe realizar el pago del cálculo actuarial, a satisfacción de la entidad, conforme lo determina el art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9º de la Ley 797 de 2003, que señala *“En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional...”* y el art. 2.2.8.11.3. del Decreto 1296 de 2022 donde indica *“Teniendo en cuenta que las cotizaciones al Sistema General de Pensiones son de carácter imprescriptible, los empleadores o trabajadores independientes que incurran en la omisión de afiliación deberán pagar con base en el cálculo actuarial”* de que trata el artículo 2.2.4.4.3 del presente decreto, la suma que corresponda, a satisfacción de la Administradora o reconocedora de pensiones.”

En ese sentido, es improcedente entrar a modificar la forma en la que se efectúa el cálculo actuarial. Por otro lado, en los eventos en que exista afiliación, pero se incurrió en mora por parte del empleador (que no es este evento), lo que debe asumir dicho empleador son los respectivos intereses moratorios, conforme es indicado en el art.23 de la citada ley 100 de 1993 que reza:

“SANCIÓN MORATORIA. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso. (...)”

3. De las costas a cargo de CEMENTOS ARGOS S.A.

Se CONFIRMARÁ la condena en costas impuesta, dando aplicación al art. 365 del CGP que expresa: *“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el*

proceso...”, y en este evento, las pretensiones de declaración de la relación laboral y pago del cálculo actuarial fueron reconocidas a la parte accionante.

Sin costas en esta instancia por no prosperar ninguno de los alegatos presentados por las partes.

En mérito de lo expuesto, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, EN SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Lo anterior se notifica por EDICTO.

Los magistrados

HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ
CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA
MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

Firmado Por:

Hugo Alexander Bedoya Diaz

Magistrado

Sala 008 Laboral

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-003-2022-00327-01
Radicado Interno 303-24

Carmen Helena Castaño Cardona

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Martha Teresa Florez Samudio

Magistrada

Sala 07 Laboral

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena
validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

3d5c5e9c883147891dda01f63301e4f427cb3cbb63613713aca2c3942eeb39

2f

Documento generado en 13/12/2024 11:07:47 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>