

TEMA: CALCULO ACTUARIAL A CARGO DE EMPLEADOR PRIVADO - Si bien, no se había creado la ley unificadora de la seguridad social para los periodos comprendidos entre el 16 de julio de 1959 y el 31 de diciembre de 1966; era el propio empleador el que asumía el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, y por ende estaba obligado a realizar los aprovisionamientos necesarios para cumplir con esa eventual pensión. La manera de concretar esa responsabilidad es mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social. /

HECHOS: La presente acción judicial se encuentra dirigida a que se declare que Servicios Generales Suramericana SAS omitió realizar la afiliación y las correspondientes cotizaciones por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, durante el tiempo de 23 de junio de 1958 y 31 de enero de 1967; se condene a la sociedad Servicios Generales Suramericana SAS al pago del título pensional. En primera instancia se condenó a Colpensiones a que, efectúe la liquidación del cálculo actuarial a favor de la señora Rosa Fabiola Gómez Lema y a cargo de Servicios Generales Suramericana S.A.S.; deberá ser notificada a Servicios Generales Suramericana S.A.S., quien quedó condenada a reconocer y pagar a favor de la señora Rosa Fabiola Gómez Lema, el título pensional correspondiente. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si al empleador privado Servicios Generales Suramericana S.A.S., le asiste obligación de responder por el tiempo laborado y no cotizado caja o fondo de pensiones, con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, con respecto a la trabajadora Rosa Fabiola Gómez Lema.

TESIS: (...) toda la responsabilidad por ausencia de afiliación, más allá de que la misma para las calendas pertinentes al caso haya sido optativa y no obligatoria, además de las consideraciones propias de la falta de cobertura del entonces Instituto de Seguros Sociales, pues con anterioridad al 1º de enero de 1967 el Instituto solo había comenzado a funcionar para los riesgos de enfermedad, maternidad y de accidentes profesionales, no puede perderse de vista que, si bien, no se había creado la ley unificadora de la seguridad social para los periodos comprendidos entre el 16 de julio de 1959 y el 31 de diciembre de 1966; era el propio empleador el que asumía el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, y por ende estaba obligado a realizar los aprovisionamientos necesarios para cumplir con esa eventual pensión, pues así lo ordenaba la Ley 90 de 1946, y así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como puede verse en la sentencia CSJ SL 9856-2014, reiterada en las providencias CSJ SL 1300-2014, CSJ SL 10122-2017, CSJ SL068-2018 y CSJ SL-3547-2018, SL-976-2022, y SL-3760-2022, donde se definieron los siguientes aspectos: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y (iii) que la manera de concretar esa responsabilidad es mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social. (...) Criterios jurisprudenciales que comparte y acoge esta colegiatura, toda vez que en un estado social de derecho no se puede tolerar el que una persona que entregó su fuerza de trabajo por varios años, se vea perjudicada con la negación de un derecho constitucionalmente consagrado, irrenunciable y directamente relacionado con el mínimo vital como principio y derecho iusfundamental, debiéndose por consecuencia, que ese tiempo se vea reflejado en sus cotizaciones a pensiones, y pueda materializar el disfrute de las

prestaciones que protegen los riesgos por invalidez, vejez y muerte, o de manera eventual mejorar el valor de su mesada pensional, y por ello en principio no era indispensable que la demandante acreditare los requisitos pensionales para que le sea reconocido el cálculo actuarial, pues estas cotizaciones le pertenecen independientemente de que satisfaga o no los requisitos para una pensión de vejez. (...) debiéndose confirmar lo resuelto en primera instancia, al encontrarse ajustado a derecho. (...)

M.P: MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

FECHA: 22/08/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

| APELACIÓN - SENTENCIA | |
|------------------------------|---|
| DEMANDANTE | ROSA FABIOLA GÓMEZ LEMA |
| DEMANDADO | SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S. y COLPENSIONES. |
| RADICADO | 05001-31-05-016-2018-00618-01 |
| MAGISTRADA PONENTE | MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO |
| TEMA | Calculo actuarial a cargo de empleador privado, y pensión de vejez |
| DECISIÓN | Confirma |

Medellín, veintidós (22) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede la Sala a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **ROSA FABIOLA GÓMEZ LEMA** contra la sociedad **SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 031**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ANTECEDENTES

Es materia de la Litis, resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado judiciales de SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S., e igualmente se conocerá del proceso bajo el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, respecto a la sentencia que profirió el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín – Antioquia (proceso reasignado), en la audiencia pública celebrada el día 12 de marzo de 2024, dentro del proceso referenciado.

II. – HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la señora ROSA FABIOLA GÓMEZ LEMA prestó sus servicios a la sociedad SURAMERICANA DE CAPITALIZACIÓN S.A. mediante un contrato de trabajo cuyos extremos temporales estuvieron comprendidos entre el 23 de junio de 1958 al 30 de enero de 1981, sin embargo, dicho empleador solo efectuó aportes a los subsistemas de invalidez vejez y muerte, a partir del 1° de febrero de 1967.

En vista de los anterior, la actora elevó reclamación ante la sociedad demandada solicitando el pago de un título pensional por el tiempo laborado y no cotizados al sistema general de pensiones solicitud que le fue negada mediante comunicado del 8 de junio de 2018, bajo el argumento que para dicha época no existía obligación de efectuar cotizaciones.

Finalmente señala el escrito introductorio que todas las obligaciones laborales contraídas por la extinta SURAMERICANA DE CAPITALIZACIÓN S.A., quedaron a cargo de SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S., pues esta última debido a procesos societarios (disoluciones y absorciones) adquirió todos los derechos y obligaciones de la primera.

III. – PRETENSIONES

La presente acción judicial se encuentra dirigida a que se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

I. DECLARATIVAS

- A. Que se declare que la señora ROSA FABIOLA GOMEZ LEMA tuvo una relación laboral con SURAMERICANA DE CAPITALIZACIÓN SA hoy SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA SAS, en virtud de un contrato laboral durante el tiempo comprendido entre el 23 de junio de 1958 y el 30 de enero de 1981.
- B. Que se declare que la sociedad SURAMERICANA DE CAPITALIZACIÓN SA hoy SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA SAS, omitió realizar la afiliación y las correspondientes cotizaciones por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, durante el tiempo comprendido entre el desde el 23 de junio de 1958 y el 31 de enero de 1967.

II. CONDENATORIAS

- A. Que se condene a la sociedad SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA SAS, al pago del título pensional por el tiempo comprendido desde entre el 23 de junio de 1958 y el 31 de enero de 1967, de conformidad con el cálculo actuarial correspondiente, con destino a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES.
- B. Condenará al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

El apoderado judicial de **SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S.** contestó oportunamente la acción, según se aprecia a folios 1 al 9 del archivo PDF 010, manifestando frente a los hechos expuestos, que son ciertos aquellos que aluden a la existencia de la relación laboral y los extremos de la misma, la reclamación presentada y la repuesta dada a la misma, aclarando que la no cotización al ISS, con anterioridad al año 1967, se debió a que para dicha época aún no había comenzado a funcionar el Instituto de Seguros Sociales, y, por ello, el actor solo fue afiliado a partir del 1° de enero de 1967, momento en que el empleador se subrogó en los riesgos pensionales, resaltando que el deber de aprovisionamiento en cabeza de los empleadores solo comenzó con la Ley 100 de 1993. Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE TÍTULO PENSIONAL; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA POR INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S.; PAGO DE LAS*

COTIZACIONES AL RIESGO DE IVM; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA POR FUTILIDAD DE PAGO DE TÍTULO PENSIONAL; IMPOSIBILIDAD DE APLICAR EL DECRETO 1887 DE 1994 PARA EL CÁLCULO DEL TÍTULO; COMPENSACIÓN; y PRESCRIPCIÓN.

A su turno **COLPENSIONES** dio respuesta oportuna a la demanda a través de su apoderada judicial, según consta a folios 1 al 5 del archivo PDF 012, manifestando que no le consta ninguno de los hechos expuestos en la demanda, pues ellos aluden a un tercero ajeno a COLPENSIONES; no se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas pues estas solo están dirigidas frente a la codemandada SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S., y propuso las excepciones de mérito que denominó: “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS*”.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En el fallo objeto de apelación y consulta, la juez *A Quo* en audiencia pública de juzgamiento, celebrada el 12 de marzo de 2024, **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que, dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, efectúe la liquidación del cálculo actuarial a favor de la señora ROSA FABIOLA GÓMEZ LEMA y a cargo de SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S.; por el período comprendido entre el 23 de junio de 1958 y el 30 de enero de 1967.

En su cálculo deberá incluir los respectivos intereses de mora y como Ingresos Base de Cotización para ese período, deberá considerar los siguientes salarios:

| AÑO | SALARIO | % INCREMENTO |
|------------|----------------|---------------------|
| 1958 | \$ 300 | 7,98% |
| 1959 | \$ 324 | 7,81% |
| 1960 | \$ 349 | 7,35% |
| 1961 | \$ 375 | 5,74% |
| 1962 | \$ 396 | 6,30% |
| 1963 | \$ 421 | 33,60% |
| 1964 | \$ 563 | 8,80% |
| 1965 | \$ 613 | 14,44% |
| 1966 | \$ 701 | 12,86% |
| 1967 | \$ 791 | 7,17% |

Cuya liquidación deberá ser notificada a SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S., quien quedó **CONDENADA** a reconocer y pagar a

favor de la señora ROSA FABIOLA GÓMEZ LEMA, el título pensional correspondiente, según el cálculo actuarial que realice Colpensiones, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación que realice COLPENSIONES.

Una vez se pague el título pensional, COLPENSIONES deberá acreditar en la HISTORIA LABORAL de la demandante, un mínimo de 449.14 semanas, correspondiente a dichos períodos.

Finalmente DECLARÓ IMPROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, e impuso las COSTAS del proceso en la primera instancia a cargo de SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S, y a favor de la demandante, fijándole como agencias en derecho la suma de \$2.600.000.

Como fundamento de su decisión estimó el juez de primer grado que, si bien para la fecha en que la actora prestó sus servicios a la sociedad SURAMERICANA DE CAPITALIZACIÓN S.A. no existía cobertura del ISS hoy COLPENSIONES, y, por ende, no había lugar a efectuar cotizaciones, no puede perderse de vista que el empleador tenía a su cargo la obligación pensional respecto aquellos trabajadores frente a los cuales no había operado la subrogación pensional, no obstante, como la actora ya se encuentra afiliada a una administradora de pensiones, esa obligación patronal debe verse materializada en el pago de un cálculo actuarial, conforme lo señalado en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, y lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Además, la sociedad que fuere la empleadora de la demandante "SURAMERICANA DE CAPITALIZACIÓN S.A.", luego de varios cambios de denominación social, quedó finalmente absorbida por la codemandada SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S., a partir del 16 de junio de 2009, a través de un acuerdo de fusión por absorción, por lo que será esta última la obligada al pago del título pensional deprecado.

Que al tratarse de un derecho irrenunciable a la seguridad social, los aportes adeudados no se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

Ordenó a COLPENSIONES que, dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, proceda a realizar el cálculo actuarial a favor de la demandante teniendo en cuenta para ello el valor de los salarios percibidos por la demandante entre los meses de junio de 1958 a enero de 1967, incluyendo los respectivos intereses de mora que se hubiesen podido causar por el pago tardío del aporte.

VI. – RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El apoderado judicial de SURAMERICANA, dice apartarse de la sentencia, al haberse tomado como criterio para ordenar el pago de un cálculo actuarial, lo expuesto por la corte constitucional en la sentencia T-810 de 2014, a sabiendas que en criterio más reciente de la citada corporación (sentencia T-281 de 2020), se ha dicho que la obligación de aprovisionamiento pensional solo es exigible, en aquellos eventos en que los referidos aportes resulten indispensables para causar una pensión, mas no para la reliquidación pensional, y que al ser ello así no hay lugar al pago del cálculo actuarial, y mucho menos a los intereses moratorios, dada la imposibilidad jurídica y material de efectuar el pago de aportes con anterioridad al año 1967, no existió rebeldía u omisión de la empresa frente a esta obligación.

También se opone a la orden en abstracto dada a COLPENSIONES para liquide el cálculo actuarial, pues en el plenario quedó acreditado que el valor del mismo es de cero (\$0) pesos, así se desprende del simulador o herramienta dispuesta por dicha administradora.

Apela la condena en costas, y el valor de las agencias en derecho, en atención a la buena fe desplegada por la empresa, quien no efectuó el pago de los aportes pensionales reclamados, debido a la imposibilidad jurídica y material de hacerlo.

Finalmente insiste en la falta de legitimación en la causa por pasiva, alegado al respecto que, de asimilarse una fusión por absorción con una

sustitución patronal, se deben tener en cuenta los efectos jurídicos de la esta última, dado el carácter preferente de las normas laborales (art. 20 del CST), y por ello se debe dar aplicación a lo dispuesto en los arts. 69 al 70 del CST que regulan la sustitución de empleadores, normativas según las cuales, la única obligación que subyace para la entidad sustituta es el pago de las mesadas jubilatorias, pues no hay sustitución patronal frente a contratos de trabajo extintos, que es el caso de la demandante ROSA FABIOLA GÓMEZ.

Alegatos de conclusión.

Encontrándose dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el apoderado judicial de SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S., solicita en sus alegaciones finales la revocatoria de la sentencia de primer grado, al considerar que el pago de períodos laborados no cotizados al ISS por ausencia de cobertura, solo es exigible cuando esos períodos se hacen indispensables para que el trabajador materialice el derecho a la pensión y no para reliquidaciones pensionales como sería en el presente asunto, pues la aquí demandante se encuentra pensionada desde el año 2009.

Solicita que, en el hipotético caso de confirmarse el pago del título pensional, el cálculo actuarial sería de cero (\$0) pesos, pues esta es la suma que arroja la plataforma dispuesta por COLPENSIONES, y tampoco podría contener un componente de interés moratorio, pues la decisión que ordena dicho pago es proferida en equidad, al no existir obligación legal de pago de aportes con anterioridad al año 1967.

También expone que Servicios Generales Suramericana S.A.S. no era el empleador para la época de los períodos laborados y no cotizados al ISS por falta de cobertura, pues Servicios Generales Suramericana S.A. -al cabo de los años- absorbió a la sociedad que sucedió al entonces empleador de la demandante y la sustituyó para efectos mercantiles, que es disímil a la sustitución patronal que opera en materia laboral, además esta sustitución de empleadores solo puede predicarse respecto de contratos vigentes al momento de la sustitución.

Y como la demandante no tenía contrato vigente al momento de la sustitución, la sociedad absorbente no tiene obligaciones respecto de los contratos extintos de la sociedad empleadora que fue la absorbida.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, pasa la Sala a resolver, previas las siguientes,

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Planteados los recursos de apelación tal y como se encuentran, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, los problemas jurídicos estriban en dilucidar. **i)** si al empleador privado SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S., le asiste obligación de responder por el tiempo laborado y no cotizado caja o fondo de pensiones, con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, con respecto a la trabajadora ROSA FABIOLA GÓMEZ LEMA, y en caso afirmativo, **ii)** determinar la manera en que debe operar el pago de dicha obligación.

Relación laboral y cálculo actuarial

Debe advertirse, que en el sub lite no es materia de controversia la existencia de una relación laboral, como tampoco sus extremos temporales, y la no cotización a una caja o fondo de previsión social a favor de la trabajadora por el periodo comprendido entre el 23 de junio de 1958 al 30 de enero de 1967, pues tales supuestos fácticos fueron aceptados por la codemandada SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S.

Ahora bien, en cuanto al juicio jurídico realizado por la codemandada SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., a efectos de sostener que la obligación de aprovisionar hacia futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo servido por el trabajador, con respecto a aquellos empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, solo surgió con la vigencia de la Ley 100 de 1993, misma que no puede ser aplicada retroactivamente, estima la Sala que este argumento de la irretroactividad de la ley planteado en la alzada no puede tener acogida en esta instancia, por cuanto el mismo no tiene ningún fundamento jurídico o jurisprudencial, y menos, de orden constitucional, que haga soportar a la demandante el hecho de tener que verse abocada a que ese periodo de tiempo, laborado y aceptado por la empresa demandada, se vea perdido y sin ninguna trascendencia en el ámbito de la seguridad social.

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

Bajo esta óptica, en el caso materia de análisis, toda la responsabilidad por ausencia de afiliación, más allá de que la misma para las calendas pertinentes al caso haya sido optativa y no obligatoria, además de las consideraciones propias de la falta de cobertura del entonces Instituto de Seguros Sociales, pues con anterioridad al 1º de enero de 1967 el Instituto solo había comenzado a funcionar para los riesgos de enfermedad, maternidad y de accidentes profesionales, no puede perderse de vista que, si bien, no se había creado la ley unificadora de la seguridad social para los periodos comprendidos entre el 16 de julio de 1959 y el 31 de diciembre de 1966; era el propio empleador el que asumía el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, y por ende estaba obligado a realizar los aprovisionamientos necesarios para cumplir con esa eventual pensión, pues así lo ordenaba la **Ley 90 de 1946**, y así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como puede verse en la sentencia CSJ SL 9856-2014, reiterada en las providencias CSJ SL 1300-2014, CSJ SL 10122-2017, CSJ SL068-2018 y CSJ SL-3547-2018, SL-976-2022, y SL-3760-2022, donde se definieron los siguientes aspectos: **(i)** que no se podía

negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; **(ii)** que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y **(iii) que la manera de concretar esa responsabilidad es mediante el traslado del CÁLCULO ACTUARIAL para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.**

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

(...) Al respecto, es suficiente recordar que a la luz de la jurisprudencia actual de esta Sala, «las normas que pueden contribuir a resolver [las] hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que afecte su sostenibilidad financiera» (...).

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

*“En la sentencia T-784 de 2010 la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho a la seguridad social, pues la reconstrucción que hizo del régimen pensional aplicable a quienes trabajaban para las empresas dedicadas a la actividad petrolera, **le permitió acertadamente advertir que estas últimas sí estaban obligadas desde la Ley 90 de 1946 a efectuar los provisionamientos correspondientes para efectuar las cotizaciones al seguro social cuando así se les exigiera de acuerdo con la ley.** No obstante, está claro en el proceso que durante todo el tiempo que el señor Julio César Ariza Pinilla trabajó para las entidades demandadas, estas últimas se beneficiaron de la fuerza de trabajo del tutelante, quien prestó sus*

servicios personales bajo subordinación jerárquica, pero no hicieron los aprovisionamientos pensionales que le depararan a este último al llegar a su vejez, una vida verdaderamente digna y humana. La Corte Constitucional debe, entonces, corregir ese problema...”.

Criterios jurisprudenciales que comparte y acoge esta colegiatura, toda vez que en un estado social de derecho no se puede tolerar el que una persona que entregó su fuerza de trabajo por varios años, se vea perjudicada con la negación de un derecho constitucionalmente consagrado, irrenunciable y directamente relacionado con el mínimo vital como principio y derecho iusfundamental, debiéndose por consecuencia, que ese tiempo se vea reflejado en sus cotizaciones a pensiones, y pueda materializar el disfrute de las prestaciones que protegen los riesgos por invalidez, vejez y muerte, o de manera eventual mejorar el valor de su mesada pensional, y por ello en principio no era indispensable que la demandante acreditare los requisitos pensionales para que le sea reconocido el cálculo actuarial, pues estas cotizaciones le pertenecen independientemente de que satisfaga o no los requisitos para una pensión de vejez.

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

Así lo sostuvo la Sala Novena de revisión de la Corte Constitucional, en la providencia citada, al advertir que los jueces, en cada caso, deben aplicar la excepción de inconstitucionalidad de ese requisito y ordenarle al empleador trasladar al régimen de pensiones del trabajador el valor del cálculo actuarial

correspondiente al tiempo de servicios prestados. Con esta postura, el alto tribunal abandonó la tesis sostenida en la Sentencia T-814 del 2011, donde se había expuesto que era imposible inaplicar el requisito fijado en la norma y acumular, para efectos pensionales, los periodos laborados con anterioridad a la vigencia de la ley 100 ante empleadores que no tenían la obligación de afiliarse a sus trabajadores al ISS y cuyos contratos de trabajo ya habían expirado a la entrada en vigor del sistema general de pensiones.

La providencia de la Corte a la que se hace alusión, solo tiene como finalidad ilustrar cual es la tendencia actual de esta Alta Corporación frente a la problemática suscitada en el recaudo de cotizaciones, donde se colige que todo está orientado a convalidar el tiempo laborado, sin la exigencia de ciertos requisitos formales, que pueden volver nugatorio el derecho pensional como tal.

Y según la jurisprudencia del órgano de cierre (SL1140 de 2020) el tiempo laborado y no cotizado por falta de cobertura, sí debe tenerse en cuenta, dada su incidencia en materia pensional, entendiéndose por incidencia no solo el cumplimiento del tiempo de servicios o las semanas cotizadas para causar una pensión de vejez, sino también la eventual mejora de la mesada pensional, ya sea vía ingreso base de liquidación, y/o tasa de reemplazo.

*“...La preocupación de la Corte siempre ha sido que los tiempos efectivamente laborados no sean desconocidos o ignorados en perjuicio del trabajador. Por este motivo, a lo largo de su jurisprudencia ha insistido en que, independientemente de las razones que tuviesen las empresas para no inscribir a los trabajadores al ISS –falta de cobertura, fuerza mayor, caso fortuito, decisión de autoridad, etc.-, **los tiempos laborados deben tener alguna incidencia pensional**, no pueden perderse sin más. Y esto no constituye una dádiva o un acto de compasión, es el reconocimiento de un derecho fundamental e irrenunciable de los trabajadores, ligado a la prestación del servicio, de la cual además se beneficia el empleador para alcanzar los fines de su empresa...” (Negrillas y Subrayas de la Sala).*

Y en providencia más reciente CSJ SL3716 de 2021, el órgano de cierre, trayendo a colación una sentencia anterior CSJ SL3284-2019, dejó en claro que la figura del cálculo actuarial en aquellos eventos donde la falta de afiliación del trabajador no hubiere correspondido a su incuria o negligencia, es procedente,

pues a través de dicho mecanismo se le permite al afiliado concretar el derecho pensional o su **reliquidación**, veamos:

SL3284-2019

“...En efecto, ha indicado la corporación que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, así no actúe de manera negligente, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a aquellos periodos, pues en esos momentos la prestación estaba a su cargo.

Por tanto, aquel debe cubrir los aportes correspondientes a los tiempos laborados a través de la cancelación del título pensional, a entera satisfacción de la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el demandante, para efectos de que dicho valor se compute con la convalidación de tiempos o con las cotizaciones realizadas al ISS y se garantice el reconocimiento de la pensión de vejez o su reliquidación (CSJ SL9586-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017 y CSJ SL5541-2018)...” (Negrillas de la Sala).

En cuanto a la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA en la que insiste el apoderado judicial de la codemandada SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., estima la Sala que la misma no resulta procedente, pues la asimilación de conceptos que hiciera el recurrente, no resulta cierta, quien indica la fusión por absorción que operó entre las sociedades INVERSIONES CS SURAMERICANA S.A. (empleador de la demandante) y SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A. (empresa absorbente), hizo las veces de sustitución patronal, y que al ser ello así, la sociedad absorbente solo estaría obligada al pago de las pensiones de jubilación que estuvieren causadas a ese momento, mas no al pago de aportes pensionales, conforme lo señalado en el numeral 3° del art. 69 del CST.

Sin embargo, esta tesis no es compartida por la Sala, pues es evidente que la sustitución de empleadores solo está llamada a operar en vigencia de la relación laboral, y ello se desprende de la misma definición conceptual, veamos:

“ARTICULO 67. DEFINICION. *Se entiende por sustitución de {empleadores} todo cambio de un {empleador} por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del*

establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.”

Y al estar demostrado en el plenario que la demandante prestó sus servicios hasta el 30 de enero de 1981, es apenas obvio que su relación laboral no estaba vigente para el mes de junio de 2009, cuando se dio la fusión por absorción anteriormente aludida.

Esta fusión no fue más que un acto jurídico corporativo mediante el cual una sociedad extinguiéndose, transmite el total de su patrimonio activo y **pasivo** a otra sociedad preexistente o de nueva creación, produciéndose el cambio de adscripción de sus accionistas de la sociedad disuelta por acciones de la sociedad absorbente o de nueva creación.

Y tratándose de la fusión por absorción, la misma se presenta cuando una sociedad absorbe el patrimonio de otra u otras sociedades, las cuales serán determinadas como las absorbidas.

Por lo tanto, las obligaciones y derechos que se encuentran en cabeza de cada una de las sociedades que participan de este acto jurídico, no quedan extinguidas, por el contrario, quedaron a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad que nace a la vida jurídica con esta figura.

Y así lo dispone expresamente el art. del 172 del Código de Comercio, veamos:

“ARTÍCULO 172. <FUSIÓN DE LA SOCIEDAD-CONCEPTO>. *Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva.*

La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.”

Y entre las obligaciones que pasaron a la sociedad absorbente, se encuentra sin asomo de duda el pasivo pensional que traía consigo la sociedad absorbida, esto es, el aprovisionamiento para sumir las contingencias pensionales de sus ex trabajadores conforme lo señalado en la Ley 90 de 1946.

Cálculo actuarial

Finalmente, y frente a la manera en que se debe cumplir la obligación impuesta por el periodo laborado y no cotizado, considera la Sala que COLPENSIONES se encuentra obligada a la realización de un CÁLCULO ACTUARIAL, y la posterior inclusión de las semanas que esté representa en la HISTORIA LABORAL de la demandante ROSA FABIOLA GÓMEZ LEMA, luego del pago del empleador privado SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Pues dicha obligación es legal, y tiene su fundamento en el párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, donde se establecieron los requisitos para obtener la pensión de vejez, veamos:

*“**PARÁGRAFO 1o.** Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:*

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) 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.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

*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.” (Negrillas de la Sala)*

De los anterior se desprende, que la figura del CÁLCULO ACTUARIAL, impide que el trabajador tenga que soportar las consecuencias por la falta de afiliación atribuible a su empleador, o en los casos como el de autos, de falta de cobertura del ISS, y, en consecuencia, garantiza que sus derechos mínimos e irrenunciables no se vean afectados, pues a través de esa institución, el

legislador permite que el periodo en que no se hicieron los aportes a un fondo o administradora de pensiones pueda contabilizarse dentro de su historial de semanas de cotización. De ahí que constituye una solución equilibrada para los casos de omisión de la afiliación, dado que no solo permite materializar la finalidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, sino la sostenibilidad del mismo, sin perjuicio de las prerrogativas de los trabajadores¹.

En definitiva, si bien COLPENSIONES no es la llamada a responder en los eventos de no afiliación de un trabajador, sí está en la obligación legal de: **(i)** fijar el CÁLCULO ACTUARIAL, **(ii)** recibir su cancelación por parte del incumplido o activar los medios de cobro con los que disponga, y **(iii)** superados los demás requisitos legales, **asumir el reconocimiento y pago oportuno de la respectiva prestación**, para lo cual se deberá considerar el tiempo de servicio prestado por el trabajador durante el lapso en el que se causó el pasivo del empleador, así se indicó en la sentencia **SU-226 de 2019**.

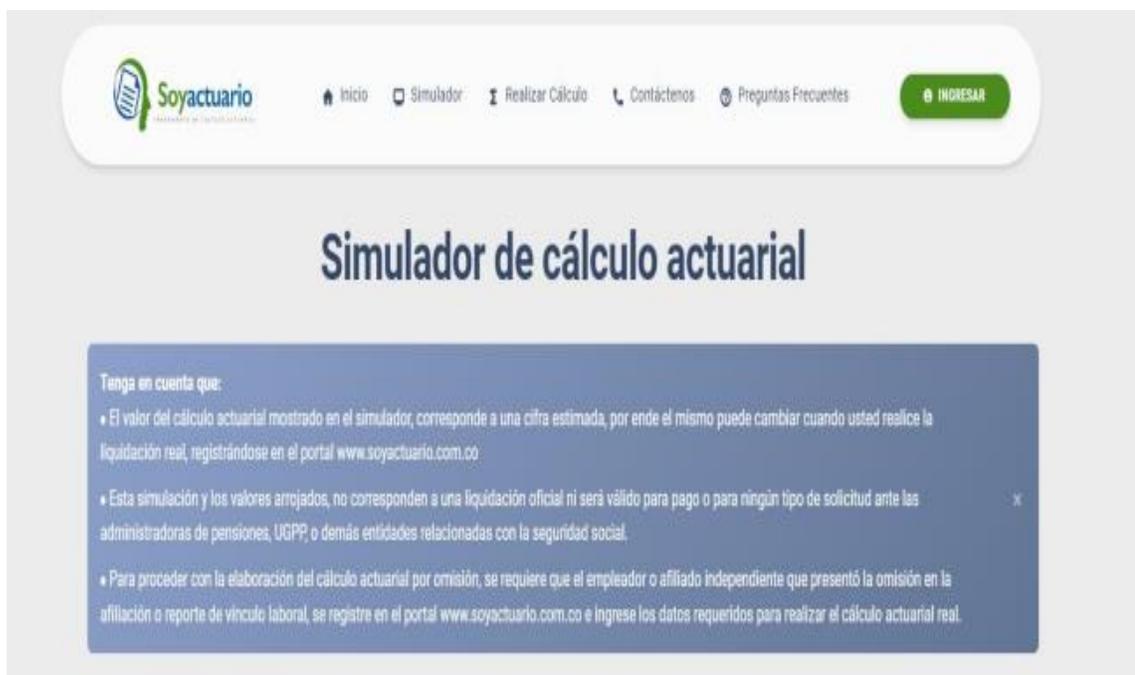
Lo cual resulta consecuente con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien ha dejado en claro que la figura que debe utilizarse para dirimir esta problemática, es la del CÁLCULO PENSIONAL, misma que debe ser asumida en su TOTALIDAD por el empleador (sentencia SL-3547 del 22 de agosto de 2018, con radicación 68.421, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), veamos:

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

Además, por expresa disposición legal, literal e) del párrafo 1° del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 de 2003, dicho cálculo actuarial debe liquidarse a entera satisfacción de la administradora de pensiones, incluyendo los intereses moratorios correspondientes, lo que significa que la condena en tal sentido siempre ha de proferirse en abstracto

¹ Corte Suprema de Justicia - Sentencia **STL11357-2021**.

como acertadamente lo dispuso la juez de primer grado, pues aquellas herramientas informáticas, dispuestos por COLPENSIONES en su página web denominada “SOY ACTUARIO”², no tienen un carácter vinculante, es apenas una simulación o estimación de carácter no oficial, así se advierte al ingresar a la referida plataforma online, veamos:



Así las cosas, no le asiste razón al recurrente al censurar la manera en que fue ordenado el cálculo actuarial en el *sub lite*, oponiéndose igualmente a los intereses moratorios, a sabiendas que estos hacen parte integral del cálculo actuarial, pues es evidente que un aporte no realizado en oportunidad, requiere de un interés que permita actualizar y recomponer el valor del aporte al momento de su pago, debiéndose confirmar lo resuelto en primera instancia, al encontrarse ajustado a derecho.

Costas procesales

Estima la Sala que en el presente asunto no hay lugar a exonerar a la codemandada SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S., de la condena en costas en la primera instancia, pues las interpretaciones jurídicas de la referida sociedad respecto a la improcedencia del pago de aportes pensionales durante un periodo de tiempo donde no había cobertura del

² <https://www.soyactuario.com.co/home>

sistema general de pensiones, no constituyen una causal valedera para conjurar dicha condena, por el contrario, las razones de la accionada son de carácter subjetivo, y son ajenas al carácter objetivo que opera para su aplicación, conforme lo señalado en el art. 365 del Código General del Proceso.

Y respecto al valor de las agencias en derecho, el mismo deberá ser controvertido en la oportunidad procesal correspondiente, esto es, al momento de aprobarse la liquidación concentrada de costas procesales y agencias en derecho en la primera instancia, tal como lo ordena el numeral 5° del art. 366 del Código General del Proceso.

En segunda instancia también se condenará en costas procesales a la codemandada SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S., y a favor de la demandante ROSA FABIOLA GÓMEZ LEMA, al no haber prosperado el recurso de alzada, dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de 1.300.000 equivalente a 1 SMLMV para la anualidad 2024.

VIII - DECISIÓN

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

RESUELVE:

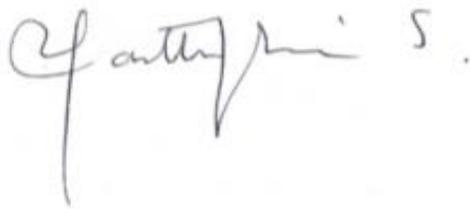
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación y consulta de fecha 12 de marzo de 2024 proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín, según lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia, a cargo de SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S., y a favor de la demandante ROSA FABIOLA GÓMEZ LEMA, dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 equivalentes a 1 SMLMV para la anualidad 2024.

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

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

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL**



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| APELACIÓN - SENTENCIA | |
|------------------------------|---|
| DEMANDANTE | ROSA FABIOLA GÓMEZ LEMA |
| DEMANDADO | SERVICIOS GENERALES SURAMERICANA S.A.S. y COLPENSIONES. |
| RADICADO | 05001-31-05-016-2018-00618-01 |
| MAGISTRADA PONENTE | MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO |
| TEMA | Calculo actuarial a cargo de empleador privado, y pensión de vejez |
| DECISIÓN | Confirma |

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy **23 de Agosto de 2024** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario