

TEMA: CALCULO ACTUARIAL - Es el estudio para establecer el valor presente de todas las obligaciones futuras de reconocimiento y pago de pensiones de jubilación, bonos o títulos pensionales./ **FALTA DE COBERTURA EN EL PAGO DE COTIZACIONES PENSIONALES** - 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, porque en esos momentos estaban bajo su responsabilidad./

HECHOS: Pretende el demandante que se CONDENE a la sociedad MINEROS S.A. a cancelar a COLPENSIONES el valor del título pensional por el tiempo laborado a su servicio durante el cual no se le afilió a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, es decir, entre el 5 de septiembre de 1972 y el 30 de noviembre de 1983. (...) el problema jurídico se suscribe a determinar si en el presente caso es procedente condenarse al MINEROS S.A. al pago de los aportes por el tiempo laborado en dicha empresa por el demandante durante los cuales no se hicieron cotizaciones al ISS por falta de cobertura de la entidad en el lugar donde laboraba el actor y dependiendo de ello se analizará si el pago de dicho cálculo actuarial corresponde en su totalidad a cargo del empleador o si el demandante debe concurrir al pago del mismo.

TESIS: Al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 2584 de 2020 y SL673 de 2021, donde estimó que el empleador debía asumir la totalidad de dicho cálculo, dado que para la época la obligación pensional estaba a cargo de este, por lo que no existe ninguna razón para que el trabajador asuma una obligación que estaba a cargo exclusivo del patrono. En esta última indicó la Corte: "Si las pensiones cuyo reconocimiento y pago estaba a cargo de los empleadores fueron entendidas como una prestación que hacía parte de la retribución por el servicio prestado por el trabajador o se consideraban como un salario diferido, no se encuentra ninguna razón válida para que en la misma situación el trabajador asuma una obligación que estaba exclusivamente a cargo del empleador, menos, aceptar que por ello se configura un enriquecimiento sin causa por parte del trabajador. No puede olvidarse que el cálculo actuarial no es una dádiva del empleador, sino fruto de la prestación de servicios al empleador. Finalmente, reitera la Sala en esta oportunidad, que de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social, está exclusivamente a su cargo, sin que se haya dispuesto contribución alguna para el trabajador, como se precisó en sentencia CSJ SL 2584-2020: La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente. Posición reiterada en sentencias SL 2583 de 2023 y SL 2672 de 2023, entre otras, las que son acogidas por esta Sala en acatamiento del precedente del máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria. (...) Respecto a la cuantía de la pensión de vejez se tiene que la a quo liquidó la misma con base en el IBL de los últimos diez años; sin embargo, se observa que al tomar los ciclos que aparecen reflejados en la historia laboral del actor, más las semanas que fueron aportadas en las colillas de pagos, solo hay constancia del pago de los últimos 3.260, no pudiéndose efectuar la liquidación del IBL, pues esta debe hacerse con el IBC de los últimos 3.600 días y si bien a folios 176 a 187 reposan unas fichas laborales del actor donde se informan algunos cambios de salarios, en esta no esta la información de los años 1982 y 1983, que son los que se necesitan para completar los últimos 3.600 días, por lo que no es posible liquidar el IBL del demandante. Por tanto será COLPENSIONES quien efectúe la liquidación de la pensión del actor una vez reciba la información por parte de MINEROS S.A. con los salarios devengados por el actor para cada de los años, con los que se efectuara la liquidación del título pensional que se ordenó pagar a través del presente fallo y una vez reciba el

pago a satisfacción del mismo, prestación que deberá reconocerse en razón a 14 mesadas siempre y cuando su cuantía no supere los 3 SMLMV, dado que la misma se causó antes del 31 de julio de 2011.

M.P. ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

FECHA: 11/12/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, once de diciembre de dos mil veintitrés

21-146

Proceso: **APELACIÓN SENTENCIA**
Demandante: **DIODORO GÓMEZ ZAPATA**
Demandado: **COLPENSIONES Y MINEROS S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-018-2019-00554-01**
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de los demandados contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 040** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Pretende el demandante que se CONDENE a la sociedad **MINEROS S.A.** a **cancelar a COLPENSIONES** el valor del título pensional por el tiempo laborado a su servicio durante el cual no se le afilió a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, es decir, entre el 5 de septiembre de 1972 y el 30 de noviembre de 1983 y consecuentemente se condene a **COLPENSIONES** a recibir el título pensional y reconocer la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990 desde la fecha de causación, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES, EXPUSO EN SÍNTESIS, LOS SIGUIENTES HECHOS:

- Que nació el 26 de marzo de 1947 por lo que al 1º de abril de 1994 tenía más de 47 años de edad, lo que lo hace beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, además contaba con más de 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y cumplió los 60 años el 26 de marzo de 2007.
- Que laboró con el empleador MINEROS S.A. desde el 15 de septiembre de 1972, sin embargo, dicho empleador solo lo afilió al régimen de prima media el 1º de diciembre de 1983, dado que no existía cobertura del ISS en la zona, lo que significa que se omitieron los aportes entre el 15 de septiembre de 1972 y el 30 de noviembre de 1983.
- Que el 19 de octubre de 2009 solicitó al ISS la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual le fue reconocida mediante resolución 015500 del 12 de agosto de 2010, con base en 361 semanas por valor de \$4.252.012, acto administrativo que fue revocado por autorización directa de él y cuyos dineros fueron reintegrados a la entidad, conforme lo indica la entidad en la Resolución GNR 35534 de 2015, a través de la cual se reconoció la indemnización sustitutiva con base en 404 semanas, en la suma de \$3.556.629.
- Que el 26 de octubre de 2010 solicitó al ISS que realizará el cobro del bono o título pensional a MINEROS S.A. y le reconociera la pensión de vejez, pero la entidad nunca dio respuesta a dicha petición.
- Que su historia laboral presenta varias inconsistencias, como periodos que no aparecen en la historia laboral, los cuales fueron realizados como trabajador independiente, que son los siguientes:

EMPLEADOR	PERIODO		DIAS
DIODORO GOMEZ ZAPATA	FEBRERO DE 2000	40132101001554 -0	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	Marzo de 2000	40132101001556-5	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	Julio de 2000	40132101004104-4	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	Febrero de 2002	40-1321010103203	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	de 2002	40132101010321-0	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	Agosto de 2002	40132101012632-5	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	Septiembre de 2002	40-1321-01-013043-1	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	Octubre de 2002	40-1321010145293	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	Enero de 2003	40-132101016322-5	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	Junio de 2003	40132101017201-7	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	Julio de 2003	40132101019572-3	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	2003	401321010213841	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	Enero de 2004	4013210102262/0	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	Abril de 2004	401321010285501	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	Diciembre de 2004	401321010344283	30
DIODORO GOMEZ ZAPATA	Diciembre de 2012	6624277877	30

- Que si se tienen en cuenta las 68.57 semanas que presentan inconsistencias y no fueron tenidas en cuenta por la entidad, más 400.29 que reconoce COLPENSIONES y 586.14 semanas que debe pagar el empleador MINEROS S.A., completa un total de **1.055** semanas en toda la vida laboral, con las cuales cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las demandadas el derecho pretendido, oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

En primer lugar COLPENSIONES aceptó la edad del actor, que MINEROS S.A. solo lo afilió al ISS a partir del 1° de diciembre de 1983, por lo que no le consta que el actor haya laborado con dicho empleador en tiempo anterior. Así mismo aceptó el contenido de las resoluciones que reconocieron la indemnización sustitutiva al actor. De otro indicó que no es cierto que haya inconsistencias en su historia laboral, pues si no aparecen aportes significa que estos no fueron pagados, por lo que no es cierto que el actor tenga las semanas para acceder a la pensión de vejez. Frente a los restantes hechos indicó que no le constan o se trata de apreciaciones del demandante que harán parte del debate probatorio.

Por su parte MINEROS S.A. respecto a los hechos, admitió que el actor laboró a su servicio en los extremos que se aducen en la demanda, pero que tan solo se comenzó a realizar aportes al ISS el 1° de diciembre de 1983, porque en esa fecha comenzó la cobertura del ISS en el municipio del Bagre, aclarando que por lo tanto no existe obligación de pagar ningún título pensional, pues la omisión en la afiliación obedeció a la falta de cobertura del ISS, por lo que la empresa solo estuvo obligada a afiliarse al actor una vez comenzó la cobertura en el municipio del Bagre. En cuanto a los demás hechos manifestó que no le constan o se trata de consideraciones subjetivas de la parte actora.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, en **sentencia** proferida el 6 de mayo de 2021 **CONDENÓ** a **MINEROS S.A.** a reconocer a favor del demandante DIODORO GÓMEZ ZAPATA con destino a **COLPENSIONES** el título pensional por el periodo comprendido entre el 5 de septiembre de 1972 al 30 de noviembre de 1983, el cual debería ser previamente liquidado por Colpensiones.

CONDENÓ a **COLPENSIONES** a recibir el referido título pensional y consecuentemente a que una vez el mismo sea cancelado, a reconocer y pagar al señor **DIODORO GÓMEZ ZAPATA** la pensión de vejez en aplicación de lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 758 de 1990, por virtud de la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, desde el 1 de diciembre de 2013, a razón de 13 mesadas anuales, con una mesada pensional para ese año equivalente a \$649.680. Prestación que se encuentra supeditada a la cancelación del cálculo actuarial y una vez el mismo se reciba deberá ser reconocida en el término de 30 días y en caso de generarse algún retroactivo el mismo se deberá pagar debidamente indexado, suma de la cual autorizó compensar el valor de \$3.556.629 que fueron sufragados por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

Finalmente **CONDENÓ** en costas a **MINEROS S.A.**, fijando las agencias en derecho en la suma de 3 SMLMV.

Dentro del término oportuno los apoderados de los demandados interpusieron y sustentaron el recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. ARGUMENTOS DEL JUEZ

Señaló que dentro del plenario se encuentra acreditado que el demandante laboró para MINEROS S.A. entre 5 de septiembre de 1972 y el 14 de marzo de 1987, hecho que además fue aceptado por la codemandada en la respuesta en la demanda. Y si bien es cierto que en la época en que el demandante laboró para el aludido empleador en el municipio del Bagre, no existía obligación de cotizar al ISS dado que no había iniciado la cobertura en la zona, la cual solo comenzó a partir del 1º de diciembre de 1983, data a partir de la cual se le comenzaron a realizar aportes al actor, esto no quiere decir este tiempo deba ser desechado, toda vez que la ley previó el pago de las cotizaciones por parte del empleador ante la entidad de seguridad social a través de un título pensional previo calculo actuarial a fin de que el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con empleadores que tenían a cargo el reconocimiento y pago de la pensión de vejez sea computado para el reconocimiento de las prestaciones del sistema general de pensiones, sin que tenga relevancia el hecho de que el contrato de trabajo estuviera o no vigente a la entrada de la ley 100 de 1993, tal y como lo ha indicado de forma reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a partir de sentencia SL 9856 de 2014, entre otras, toda vez que el empleador tenía la obligación de hacer el

aprovisionamiento para cubrir los riesgos pensionales que estaban en cabeza suya mientras dicho riesgo fue subrogado por el ISS.

Por lo que CONDENÓ a MINEROS S.A. a reconocer y pagar el respectivo título pensional a COLPENSIONES a favor del actor por los periodos en los cuales no se realizó la cotización por falta de cobertura, entre el 5 de septiembre de 1972 y el 30 de noviembre de 1983.

De otro lado estimó que toda vez que el demandante contaba con más de 40 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de dicha norma y el cual mantuvo hasta 2014 dado que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas, por lo que podía acceder a la pensión de vejez acreditando los requisitos del Decreto 758 de 1990, esto es 60 años de edad y 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, requisitos que acreditaba el actor, dado que cumplió 60 años el 26 de marzo de 2007 y tenía más de 1.159,71 semanas cotizadas, esto teniendo en cuenta las 690.86 semanas correspondientes al título pensional a cargo de Mineros S.A. por el periodo entre el 5 de septiembre de 1972 y el 30 de noviembre de 1983, más 400.29 semanas que aparecen en la historia laboral y 64.29 semanas que si bien no están en la historia laboral el actor aportó las correspondientes autoliquidaciones de pago que acreditan que fueron aportadas. Por tanto condenó a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2013, día posterior al último aporte al sistema, en cuantía de \$649.680, a razón de 14 mesadas, al haberse causado antes del 31 de julio de 2011, sin embargo supeditó el reconocimiento de la prestación a que COLPENSIONES cancele el cálculo actuarial, por lo que no realizó la liquidación del retroactivo, estimando que no había lugar a declarar la prescripción dado que el derecho había sido condicionado al pago del cálculo actuarial.

Así mismo consideró que no era procedente condenar al reconocimiento de los intereses moratorios, toda vez que la obligación de pagar la pensión de vejez en este caso, surge con la validación de las semanas que por ausencia de afiliación se está ordenando pagar al empleador, es decir, que COLPENSIONES no incurrió en mora, pues el actor previo a esto no cumplía con los requisitos para acceder al derecho, por lo que ordenó que se indexaran las sumas adeudadas por concepto de retroactivo para compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda por el transcurso del tiempo.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN

2.2.1. APELACIÓN MINEROS S.A.

Argumentó que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta las normas que gobernaron la situación del actor en la época en que laboró para la sociedad demandada, pues si bien el demandante laboró entre el 5 de septiembre de 1972 y el 14 de marzo de 1987, sólo hasta el 1º de diciembre de 1983 se pudo hacer los pagos al sistema pensional, dada la falta de cobertura del entonces Instituto de Seguros Sociales en la zona geográfica donde el demandante prestó sus servicios, por lo que antes de esta fecha la empresa no tenía una obligación de carácter legal, de constituir esa reserva actuarial por dicho lapso, pues en el artículo 259 el Código Sustantivo del Trabajo dispuso claramente que esas pensiones de jubilación serían transitorias a cargo del empleador y dejarían de estar a cargo de él mismo cuando ese riesgo fuera asumido por el entonces Instituto de Seguros Sociales. Y conforme los reglamentos que profirió el Instituto se reguló tal situación, a través del Decreto 3041 del 1966, que dispuso que a partir de la afiliación de los trabajadores con vínculo laboral con los empleadores particulares estarían sujetos en forma obligatoria al Seguro Social, sin que se generaran o se grabara más allá de esas obligaciones legales a los empleados.

Por tanto, insistió en que no hubo ninguna omisión en esa afiliación por no existir esa cobertura y por ende, no puede ser condenada la empresa MINEROS S.A. a pagar ese cálculo actual basada en el Decreto 1887 de 1994, pues este decreto es un instrumento financiero conseguido para garantizar pago de obligaciones pensionales de aquellas empresas que cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, no habían afiliado a sus trabajadores, el cual no es el caso del demandante, porque cuando entró en vigencia dicha Ley, este ya había sido afiliado desde el 1º de diciembre de 1983, por lo que debe revocarse la decisión de primera instancia.

En forma subsidiaria, solicitó que se dé aplicación a los argumentos reiterados y expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia T 289 del 2020, en la cual se aclaró la situación normativa de los empleadores antes de la cobertura del sistema pensional y evidenció que ante la falta de regulación normativa que obligara a los empleados a pagar un cálculo actuarial, se debía dar un tratamiento más justo y equitativo, en consonancia con los principios y reglas que rigen el sistema pensional, de manera que sea esta la oportunidad para que la jurisdicción ordinaria laboral proceda a corregir una situación inequitativa que se ha venido generando con estos temas de títulos funcionales. Agregó que en esta sentencia, la Corte Constitucional, definió unos criterios de equidad por la omisión legislativa frente al aprovisionamiento que debían hacer las empresas para el pago de los aportes pensionales, toda vez que la posición que vienen manejando la Corte Suprema de Justicia frente al tema es errada y genera situaciones inequitativas, toda vez que no existía una obligación para los patronos de cotizar sino a partir del llamamiento a inscripción por parte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, por lo que la falta de cotización de los periodos anteriores a

la cobertura, se debió a una falta de regulación del Instituto de Seguros Sociales y no a una cierta omisión del empleador, por lo que no puede exigirse el pago de la totalidad de los aportes adeudados al empleador, sino que el pago del tiempo anterior a la afiliación debe ser asumido también por el trabajador y por COLPENSIONES en un 25% cada una, quedando el 50% a cargo del empleador y teniendo en cuenta el desequilibrio económico que genera a las empresas el pago de los aportes anteriores a la afiliación, solo se deberán habilitar los periodos necesarios restantes para que la persona pueda pensionarse, o todos si las semanas aún son insuficientes, por lo que se debe reajustar el pago del cálculo actuarial ordenado por el despacho.

Finalmente solicitó que se revocara la condena en costas impuestas por la a quo, debido a que esta obligación impuesta obedeció a un cambio jurisprudencial y no correspondió a una omisión caprichosa de las obligaciones que tenía a cargo en su momento el empleador.

2.2.2. APELACIÓN COLPENSIONES

Señaló que se debe declarar probada la excepción de prescripción, pues si bien el despacho condenó el reconocimiento de la prestación a que se recibiera el cálculo actuarial por parte de la empresa MINEROS, lo cierto es que pagar la prestación económica desde el 1º de diciembre del 2013 generando así un retroactivo pensional desde esta fecha y ese retroactivo pensional, sí es un derecho cobijado bajo el fenómeno de la prescripción, en tanto se presentó la demanda el 20 de septiembre del 2019, por lo que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 20 de septiembre de 2016.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Presentaron memorial de alegatos Colpensiones y la parte demandante.

El demandante solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia, toda vez que la misma guarda coherencia con la actual línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia respecto al tema de aprovisionamiento de que debían hacer los empleadores a partir de la sentencia SL 9856 - 2014, criterio respecto de que los empleadores deben responder por el cálculo actuarial correspondiente a periodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura, posición reiterada en sentencias CSL SL 1041 DE 2021, SL 3867 de 2021, SL 313 DE 2022, razón por la cual se debe confirmar la condena impuesta a MINEROS SA. Además, señaló que el actor cumple con los

requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta el tiempo del cálculo actuarial a cargo de MINEROS, las semanas que reposan en su historia laboral y 68.57 semanas que no fueron contabilizadas por la entidad, cuyo pago se encuentra soportado a través de las planillas aportadas, para un total de 1.055 semanas en toda la vida laboral. Finalmente adujo que se debe confirmar el disfrute de la pensión ordenado por la a quo, toda vez que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la pensión de vejez está sujeta a condición suspensiva, esto es diferenciando causación y disfrute, siendo la segunda una consecuencia de la primera, por tal razón con la declaración realizada por el AQUO de que MINEROS SA. debe pagar el tiempo reclamado es en esta fecha que se obtiene la causación del derecho y esto porque los aporte a la seguridad social no estas sujetos a prescripción, por tanto, al pagar MINEROS SA, se causa el derecho y automáticamente se da el disfrute para mi poderdante, antes de la sentencia declarativa y condenatoria no podíamos hablar de exigibilidad del derecho porque esta no estaba causado el derecho estaba en formación y por lo tanto no opera el termino trienal. SL11428-2016, Radicación n.º 44878, Acta No. 22, Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil dieciséis (2016).

De otro lado, pese a que Colpensiones presentó escrito denominado alegatos de Colpensiones, en el memorial allegado se observa que el mismo contiene es una contestación a la demanda, dando respuesta a cada uno de los hechos y oponiéndose a los pretensiones, escrito que no es el pertinente para la etapa procesal en la cual se encuentra el proceso, por lo que no se tendrá en cuenta.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

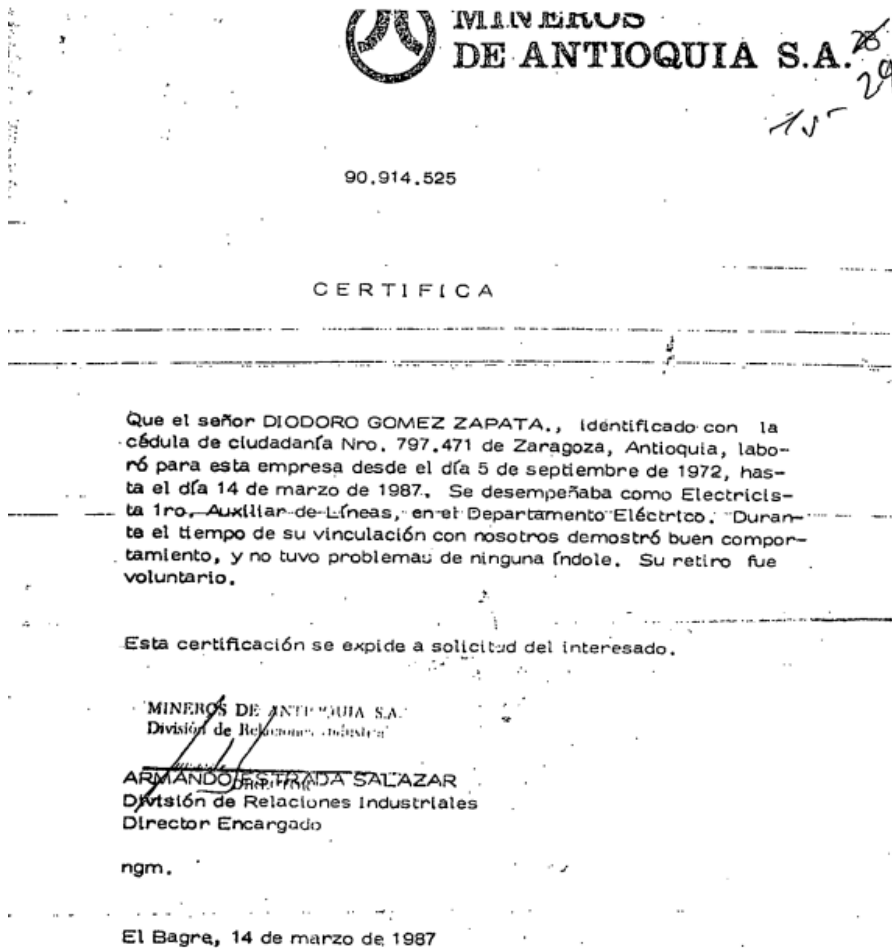
De acuerdo a las inconformidades planteadas en el recurso de alzada el problema jurídico se suscribe a determinar si en el presente caso es procedente condenarse al MINEROS S.A. al pago de los aportes por el tiempo laborado en dicha empresa por el demandante durante los cuales no se hicieron cotizaciones al ISS por falta de cobertura de la entidad en el lugar donde laboraba el actor y dependiendo de ello se analizará si el pago de dicho cálculo actuarial corresponde en su totalidad a cargo del empleador o si el demandante debe concurrir al pago del mismo y si MINEROS S.A. debe ser condenado en costas. De otro lado se analizará si hay lugar a declarar la prescripción respecto de las mesadas pensionales no reclamadas oportunamente.

Así mismo, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre en sentencia 40.200 de 2015 con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas, esta Magistratura analizará en grado jurisdiccional de CONSULTA los temas que no fueron objeto de apelación por parte de Colpensiones con el fin de

salvaguardar los intereses del Estado como garante de la entidad, por lo que también se estudiará si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos ordenados por el despacho.

CONSIDERACIONES

En primer lugar, no es objeto de discusión que el señor DIODORO GÓMEZ ZAPATA laboró para el MINEROS S.A. desde el 5 de septiembre 1972 hasta el 14 de marzo de 1987, según se visualiza en certificación expedida por el referido empleador 29 archivo 01 expediente digital donde se lee:



Sin embargo, según se aprecia en la historia laboral visible en el archivo 33 del plenario que dicho empleador no afilió al señor GÓMEZ ZAPATA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sino hasta el 1º de diciembre de 1983, aduciendo en la contestación de la demanda que fue por falta de cobertura en la zona, pues en el municipio de Bagre donde se dio la prestación del servicio el ISS solo hizo el llamado a inscripción a partir del 1º de diciembre de 1983.

No obstante, es claro que a partir de las sentencias 41745 y 45107 de 2014 la Corte Suprema de Justicia fijó un criterio mayoritario en las cuales varió las antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador, en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS, y se consideró que era 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, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.

En la sentencia con radicado 41745 del 16 de julio de 2014 con ponencia de la magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON, la Corte definió:

“(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 ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».

Posición reiterada en múltiples oportunidades como en la sentencia 43182 de 2015, 45209 de 2016, 64168, 47532, 37779 y 46840 de 2017:

Ahora, aduce MINEROS S.A. que en caso de confirmarse dicha decisión, se modifique en cuanto al porcentaje que debe asumir y que se obligue tanto al trabajador como a Colpensiones a concurrir al pago del cálculo actuarial o título pensional, dado que la omisión en el pago de las cotizaciones se debió a la falta de cobertura y no a una omisión en las obligaciones propias del empleador.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 2584 de 2020 y SL673 de 2021, donde estimó que el empleador debía asumir la totalidad de dicho cálculo, dado que para la época la obligación pensional estaban a cargo de este, por lo que no existe ninguna razón para que el trabajador asuma una obligación que estaba a cargo exclusivo del patrono. En esta última indicó la Corte:

“Si las pensiones cuyo reconocimiento y pago estaba a cargo de los empleadores fueron entendidas como una prestación que hacía parte de la retribución por el servicio prestado por el trabajador o se consideraban como un salario diferido, no se encuentra ninguna razón válida para que en la misma situación el trabajador asuma una obligación que estaba exclusivamente a cargo del empleador, menos, aceptar que por ello se configura un enriquecimiento sin causa por parte del trabajador. No puede olvidarse que el cálculo actuarial no es una dádiva del empleador, sino fruto de la prestación de servicios al empleador.

Finalmente, reitera la Sala en esta oportunidad, que de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social, está exclusivamente a su cargo, sin que se haya dispuesto contribución alguna para el trabajador, como se precisó en sentencia CSJ SL 2584-2020:

La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.

Además, el parágrafo 1.° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador o la caja» deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador.”

Posición reiterada en sentencias SL 2583 de 2023 y SL 2672 de 2023, entre otras, las que son acogidas por esta Sala en acatamiento del precedente del máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

En consecuencia concluye la Sala que le asistió razón al a quo en condenar al MINEROS S.A.. a pagar a COLPENSIONES el título pensional a favor del demandante por el periodo comprendido entre el 5 de septiembre de 1972 y el 30 de noviembre de 1983, por lo que se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia en este punto.

De otro lado, respecto al reconocimiento de la pensión de vejez que se revisa en virtud de la CONSULTA. No comporta objeto de discusión que en virtud de la edad, al actor inicialmente le sería aplicable el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que tenía más de 40 años al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del régimen pensional para el sector privado, lo cual le permite que para el reconocimiento de vejez se tengan en cuenta las condiciones de edad, tiempo y monto del Decreto 758 de 1990, que exige acreditar 60 años de edad, en el caso de los hombres y 1000 semanas en cualquier época o 500 cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida.

Sin embargo, en el año 2005 el CONGRESO DE LA REPÚBLICA expidió el Acto Legislativo 01 del mismo año, que modificó el artículo 48 de la Constitución Nacional y limitó el régimen de transición establecido por la Ley 100 de 1993, restringiendo su aplicación hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a su entrada en vigencia tuvieran más de 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios, con el fin de proteger su expectativa legítima, a los cuales se les mantendría hasta el año 2014.

En el caso de autos, se encuentra acreditado que el señor DIODORO GÓMEZ ZAPATA cumplió con el requisito de los 60 años de edad el 26 de marzo de 2007, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1947, lo que significa que para que el régimen de transición se le extendiera hasta 2014, era preciso acreditar que había cotizado 750 semanas al 25 de julio de 2005 cuando entró en vigencia el aludido Acto legislativo.

Pues bien, a folios 33/36 del archivo 01 del expediente digital reposa una historia laboral del actor donde se reflejan 400.29 semanas, sin embargo, desde la demanda, la parte actora aduce que la entidad le dejó de contabilizar varios ciclos pagados como trabajador independiente, sin razón alguna y para probar que efectuó el pago de los mismos allegó las correspondientes autoliquidaciones, las cuales reposan a folios 43/85 donde se puede verificar que el actor efectivamente realizó el pago de los ciclos aludidos y que por ende estos deben ser totalizados, los que corresponden a los siguientes periodos:

ciclo	folio autoliquidación	días
2000-2	fl 43	30
2000-3	fl 46	30
2000-7	fl 47	30
2002-2	fl 51	30
2002-10	fl 59	30
2003-1	fl 61	30
2003-6	fl 63	30
2003-7	fl 65	30
2004-1	fl 69	30
2004-4	fl 71	30
2012-12	fl 83	30
2013-01	fl 84	30
	total días	360
	total semanas	51.43

En consecuencia, encuentra la Sala que Colpensiones le dejó de reconocer al actor **51.43** semanas que deben ser contabilizadas, pues se trata de pagos que fueron debidamente efectuados y que sin razón alguna se están desconociendo, las que se deben sumar a las **400.29** que se reflejan en su historia laboral, más las semanas durante las cuales MINEROS S.A. no cotizó al actor por falta de cobertura y que a través de la sentencia que se revisa se ordenó el pago de su título pensional, entre el 5 de septiembre de 1972 y el 30 de noviembre de 1983, las cuales equivalen a **586,14** semanas es decir, que el señor GÓMEZ ZAPATA acredita un total de 898.28 semanas cotizadas antes de la

entrada en vigencia del acto legislativo, lo que le da derecho a que el régimen de transición se le extienda hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha para la cual acreditaba un total de **1.037,86** semanas, cumpliendo así con los requisitos del Decreto 758 de 1990, por lo que fue acertada la decisión del a quo de reconocer la pensión de vejez.

Ahora, en cuanto a la cuantía de la pensión de vejez se tiene que la a quo liquidó la misma con base en el IBL de los últimos diez años; sin embargo, se observa que al tomar los ciclos que aparecen reflejados en la historia laboral del actor, más las semanas que fueron aportadas en las colillas de pagos, solo hay constancia del pago de los últimos 3.260, no pudiéndose efectuar la liquidación del IBL, pues esta debe hacerse con el IBC de los últimos 3.600 días y si bien a folios 176 a 187 reposan unas fichas laborales del actor donde se informan algunos cambios de salarios, en esta no esta la información de los años 1982 y 1983, que son los que se necesitan para completar los últimos 3.600 días, por lo que no es posible liquidar el IBL del demandante.

Por tanto será COLPENSIONES quien efectúe la liquidación de la pensión del actor una vez reciba la información por parte de MINEROS S.A. con los salarios devengados por el actor para cada de los años, con los que se efectuara la liquidación del título pensional que se ordenó pagar a través del presente fallo y una vez reciba el pago a satisfacción del mismo, prestación que deberá reconocerse en razón a 14 mesadas siempre y cuando su cuantía no supere los 3 SMLMV, dado que la misma se causó antes del 31 de julio de 2011, **MODIFICANDO** entonces en este punto la sentencia de primera instancia

Así mismo, toda vez que en el transcurso de la segunda instancia se allegó memorial informando el deceso del demandante DIODORO GÓMEZ ZAPATA, hecho ocurrido el 26 de junio de 2021, deberá indicarse que la condena al retroactivo se limitará hasta tal data y que dichas sumas se deberán pagar a favor de la masa sucesoral del señor GÓMEZ ZAPATA.

Respecto a la fecha a partir de la cual se debe reconocer la prestación, si bien es cierto que la pensión se causó el 26 de marzo de 2007 cuando el actor cumplió la edad pues para esta fecha ya tenía las semanas y que según la historia laboral visible en el plenario su ultimo aporte fue el 30 de octubre de 2013, por lo que el disfrute sería a partir del 1º de noviembre de 2013, es claro que con arreglo a lo dispuesto en los artículos 448 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años desde que la respectiva obligación se ha hecho exigible y conforme lo prevé el artículo 489 del C.S.T. el simple reclamo escrito del trabajador, interrumpe la prescripción por una sola vez y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

Tenemos que las mesadas pensionales no se benefician del atributo de imprescriptibilidad del que goza el derecho, pues como es sabido, la teleología de la prescripción, aparte de salvaguardar la seguridad jurídica, es extinguir la exigibilidad de aquellas prestaciones que fueron dejadas de cobrar por el paso del tiempo y la desidia de sus titulares que no hicieron la reclamación oportuna, o bien no controvirtieron lo que a bien tuvieron ante la jurisdicción competente antes de que operara el fenómeno extintivo sobre alguna mesada.

Así lo analizó la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 44643 de 1º de marzo de 2017, donde se dijo:

[...] la imprescriptibilidad del derecho pensional y la vocación prescriptible de las mesadas pensionales obedece, además, a lo siguiente: respecto al estado jurídico de pensionado, si bien puede predicarse su existencia y la consecuente posibilidad de que sea declarado judicialmente, junto con todos sus componentes definitorios, no puede aseverarse su exigibilidad y, por ende, su vocación prescriptible, dado que, se itera, no existe un plazo específico para solicitar la definición de los estados jurídicos que acompañan a los sujetos de derecho. En cambio, en relación con cada una de las mesadas pensionales, en tanto expresiones económicas de la situación jurídica de pensionado, sí puede sostenerse su exigibilidad, para, a partir de allí, empezar a contar el término trienal de prescripción.

De lo anterior puede colegirse que en el caso de las mesadas pensionales al no estar cobijadas por el atributo de imprescriptibilidad del derecho a la pensión, el término de prescripción comienza a contarse desde que la causación de cada una de ellas que es cuando se hacen exigibles.

Por consiguiente, es claro que el derecho pensional del demandante se hizo exigible a partir del **1º de noviembre de 2013**, cuando tenía derecho al disfrute de la prestación, pues para tal data ya tenía causado el derecho, por lo que a partir de dicha fecha, contaba con tres años para reclamar el derecho, según lo dispuesto en el artículo 151 del CPTSS, con el fin de que ninguna mesada se viera afectada por el fenómeno de la prescripción, por lo que no es cierto, como lo indicó la a quo que el derecho solo sea exigible una vez se efectúe el pago del título pensional por parte de MINEROS S.A., pues lo que se hizo fue condicionar el pago de la pensión al recaudo del título, pero el derecho a la pensión, era exigible desde que se causaron los requisitos, por lo que a partir de allí el demandante pudo acudir a la jurisdicción a que se declarara la existencia de su derecho.

Ahora, en el caso de autos, el actor no reclamó a Colpensiones la pensión de vejez, pues según consta en la Resolución GNR 35534 de 2015, este pidió fue la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de vejez, por tanto el término prescriptivo solo se interrumpió con la radicación de la demanda, lo cual ocurrió el **20 de septiembre de 2019**, por lo que se vieron afectadas de prescripción las mesadas causadas con anterioridad al **20 de septiembre de 2016**, por tanto se MODIFICARÁ la sentencia de primera instancia en este punto.

De otro lado, si bien al actor le fue reconocida indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, esto no es impedimento para que el demandante pueda disfrutar de la pensión por vejez que ahora reclama. Frente al tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de Radicación 35896 de 2009 reiterada en la 34015 del mismo año, se pronunció resaltando el carácter de prestación provisional que tiene la indemnización sustitutiva y que el hecho de recibirla no impide que posteriormente se pueda reclamar judicialmente el derecho principal si para el momento en que se elevó la correspondiente reclamación, la persona acreditaba los requisitos para acceder al mismo, criterio que a la fecha es el imperante. Véase las providencias 42182 de 2011, 44313 de 2013 entre otras y recientemente en sentencia SL 7572 de 2023 y SL 5671 de 2021, donde se dijo:

“La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es una prestación del Sistema de Seguridad Social Integral a la que tienen derecho los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida cuando han cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, pero no han cotizado el número mínimo de semanas exigidas para causarla. Fue concebida expresamente por el legislador como un sucedáneo de la asignación principal para la contingencia de la vejez, de lo que se sigue que su procedencia está condicionada a que esta no se haya estructurado, y a que el afiliado declare su imposibilidad de continuar realizando aportes.

Conforme al artículo 6 del Decreto 1730 de 2001, «Las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto», previsión que se justifica en la medida en que el reconocimiento de la indemnización presupone la declaración previa del afiliado de estar imposibilitado para seguir cotizando al sistema.

Con todo, la anterior preceptiva no tiene cabida cuando el afiliado ha cumplido los requisitos legales para la pensión de vejez antes del otorgamiento de la prestación subsidiaria, toda vez que, debido al marcado carácter residual de la indemnización sustitutiva, es lógico comprender que al causarse aquella, excluye la existencia de esta.

Al respecto, en la sentencia CSJ SL3719-2020, la Corte recordó que «[...] el reconocimiento de la indemnización sustitutiva no tiene incidencia frente al reconocimiento del derecho principal como lo es la pensión de vejez, siempre y cuando este último se haya causado antes del reconocimiento de la referida indemnización».

Por lo que resulta acertada la decisión de la a quo de ordenar la compensación de las sumas reconocidas por indemnización sustitutiva debidamente indexadas.

De otro lado estima la Sala que también fue acertada la condena a la indexación de las sumas que se adeudan al demandante por concepto de mesadas pensionales, pues las mismas debieron ingresar a su patrimonio en la fecha de causación de cada mesada, sin que a la fecha le hayan sido pagadas, lo que significa que cuando le sean pagadas ya se habrán visto devaluadas por el paso del tiempo, por lo que lo correcto es indexarlas para compensar esa depreciación monetaria, como de forma acertada lo ordenó el a quo, por lo que también se **CONFIRMARÁ** la sentencia en este punto.

Finalmente, en cuanto a la solicitud del apoderado de MINEROS S.A. tendiente a la absolución de las COSTAS del proceso, estima la Sala que toda vez que en materia laboral no existe regulación

específica de dicho asunto, debe remitirse a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General de Proceso que reza:

“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.(...)*

De donde se colige que la condena en costas se aplica por el hecho de salir avante la totalidad o no de las pretensiones, como ocurrió en el caso de autos, donde la parte demandante tuvo una sentencia favorable, de ahí que sea improcedente absolver de las mismas, pues se resistió y fue vencida en el proceso y ya será el funcionario judicial encargado de ordenar su liquidación quien entrará a evaluar la conducta de la entidad dentro del proceso para su tasación, sin que aquí se presente una razón legítima para absolver de tal concepto.

En consecuencia la sentencia de primera instancia será CONFIRMADA PARCIALMENTE, con las MODIFICACIONES a que se hizo referencia.

Costas en esta instancia a cargo de MINEROS S.A. por no haber tenido éxito en el recurso. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000 a favor del demandante.

4. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

DECIDE

PRIMERO: CONFIRMA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 6 de mayo de 2021 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor **DIODORO GOMEZ ZAPATA** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 797.471, contra **MINEROS S.A.** y **COLPENSIONES**, de conformidad con lo establecido en la parte motiva.

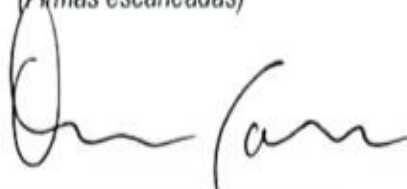
SEGUNDO: MODIFICA el numeral tercero en el sentido de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 20 de septiembre de 2016. Así mismo se dispone que será COLPENSIONES quien efectúe la liquidación de la pensión del actor

una vez reciba la información por parte de MINEROS S.A. con los salarios devengados por el actor para cada uno de los años, con los que se efectuara la liquidación del título pensional que se ordenó pagar a través del presente fallo y una vez reciba el pago a satisfacción del mismo, prestación que deberá reconocerse en razón a 14 mesadas siempre y cuando su cuantía no supere los 3 SMLMV, dado que la misma se causó antes del 31 de julio de 2011, retroactivo que comprende las mesadas causadas entre el **20 de septiembre de 2016 y el 26 de junio de 2021**, fecha de deceso del causante, sumas que deberán pagarse a favor de la masa sucesoral del señor **DIODORO GOMEZ ZAPATA**.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de MINEROS S.A. por no haber tenido éxito en el recurso. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000 a favor del demandante.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

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:

Demandante: **DIODORO GÓMEZ ZAPATA**
Demandado: **COLPENSIONES Y MINEROS S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-018-2019-00554-01**
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**
Fecha de la sentencia: **11/12/2023**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> 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 **12/12/2023** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario