

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

**JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH**  
**Magistrado Ponente**

### SENTENCIA LABORAL

03 de marzo de 2022

Aprobado mediante acta N° 30 del 03 de marzo de 2022

20-001-31-05-001-2015-00377-01 Proceso ordinario laboral promovido por ELENA MARTINEZ ACEVEDO contra BBVA BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A Y OTRO.

### 1. OBJETO DE LA SALA.

En aplicación del decreto 806 del 4 de junio de 2020, en su artículo 15, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ**, **JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ** y **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir los recursos de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida el 13 de octubre de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de referencia.

### 2. ANTECEDENTES.

#### 2.1 DEMANDA Y CONTESTACIÓN.

##### 2.1.1 HECHOS

**2.1.1.1.** La señora ELENA MARTÍNEZ ACEVEDO estableció vínculo laboral desde los 20 años con el BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A., desempeñando el cargo de auxiliar, inicialmente en la sucursal de Pailitas - Cesar, luego en la sucursal de Curumaní - Cesar y, por último, en la sucursal de Fonseca, La Guajira.

**2.1.2.** Para los periodos laborados en las sucursales de los municipios de Pailitas y Curumaní – Cesar la empleadora BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA) no realizó los aportes al Sistema General de Seguridad

Social en pensiones en favor de la señora ELENA MARTÍNEZ ACEVEDO para los riesgos de invalidez vejez y muerte, solo fueron aportados de forma parcial por parte del empleador las cotizaciones correspondientes a cuando la demandante laboró en la sucursal de Fonseca - La Guajira, esto es a partir del día 05 de mayo de 1987.

**2.1.3.** Para el año 2017 la demandante cumple 57 años de edad y a la fecha de la presentación de la demanda se encuentra cotizando como trabajadora independiente y el tiempo laborado con el empleador demandado es necesario para que complete el número de mínimo de semanas exigidas en el RPMCD.

## **2.2 PRETENSIONES**

**2.2.1.** Que se condene al BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA) a reconocer a favor de mi poderdante el tiempo laborado y no aportado al SGSSP.

**2.2.2.** Que se condene a la entidad BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA) a pagar a título o bono pensional por el tiempo laborado y no aportado a favor de mi poderdante, tiempo deberá ser pagado mediante calculo actuarial a satisfacción de la entidad de seguridad social, teniendo en cuenta el salario certificado por la entidad de conformidad con el literal E del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

**2.2.3.** Se ordene a COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial que deberá pagar el BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA).

**2.2.4.** Se ordene a COLPENSIONES a que después de que la entidad bancaria realice el pago del título o bono pensional actualice la historia laboral de mi mandante.

**2.2.5.** Que se condene al BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA) a pagar las costas del proceso a favor de mi poderdante.

## **2.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

### **2.3.1 BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA).**

Respecto de los hechos presentes en el libelo de la demanda, manifiesta la accionada que algunos no son ciertos, y otros no le constan.

Realiza una claridad sobre la relación o vínculo laboral existente entre la señora ELENA MARTÍNEZ ACEVEDO y BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA), manifestando que existieron varias relaciones laborales discontinuas, desglosadas de la siguiente manera:

- Un primer contrato inició el 1º de abril y culminó el 30 de junio de 1982.
- Un segundo contrato comprendido del 1º de julio hasta el 30 de septiembre de 1982.

- Un tercer contrato que inició el 1º de octubre y culminó el 30 de diciembre de 1982.
- Otro vínculo desde el 1º de enero hasta el 31 de marzo de 1983
- Y un último contrato que inició el 2 de mayo de 1983 y culminó el 2 de abril de 1989.

Argumenta que para la fecha que la actora prestó los servicios en los municipios de Pailitas y Curumaní no había cobertura del ISS por lo que no estaba obligada la demandada a afiliarse al actor ni al pago de aportes.

Propone como excepciones...: *“prescripción, excepción de compensación, inexistencia de la obligación”*.

### **2.3.2. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

En lo referente a los hechos en su mayoría no le constan, se opone a cada una de las pretensiones y presenta como excepciones de mérito las siguientes: *“falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones, prescripción y buena fe.*

### **2.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

- Se condena al BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA), a pagarle a favor de la demandante, señora HELENA MARTÍNEZ ACEVEDO, los aportes correspondientes del 1º de abril de 1982, hasta el 22 de abril de 1985, constituyendo el cálculo actuarial que corresponda.
- Se le asigna como deber a COLPENSIONES, determinar y recibir el cálculo actuarial, y abonarlo a la cuenta pensional de la señora ELENA MARTÍNEZ ACEVEDO.
- Se declararon no probadas las excepciones de mérito presentadas por BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA).
- Se condenó en costas a cargo de BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA). Se tasarán por secretaría.

### **2.5. PROBLEMA JURÍDICO ABORDADO POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.**

Se fijó la Litis concretándose en *“Determinar si el BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA) tiene la obligación legal de pagar calculo actuarial a Colpensiones a favor de la demandante, ELENA MARTÍNEZ ACEVEDO, por el periodo trabajado entre el 01 de abril 1982 al 22 de abril de 1985 respecto de los cuales el banco BBVA no realizó el pago de dichos aportes”*

La Juez de primera instancia aborda este problema jurídico refiriendo en principio la orfandad y dispersión normativa latente en los años que acaecieron los hechos, teniendo en cuenta que la aplicación del Instituto de Seguros Sociales (ISS), se dio de forma progresiva, por lo que en los lugares que aún no existía cobertura el empleador no le asistía la obligación de afiliarse al trabajador y realizar los aportes de cotización en pensión, dicha situación en principio claridad con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por la cual se dio la inclusión al Sistema General

de Seguridad Social en todo el territorio nacional, y que además en su artículo 33 introdujo nuevos requisitos para para el reconocimiento de la pensión, como el de que para el cómputo de las semanas de pensión se tendrá en cuenta el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la presente ley tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente.

Este criterio se mantuvo hasta cuando mediante Sentencia T 770/03 de la Corte Constitucional varió la posición de las cortes, manifestando que aunque no estuviera vigente el vínculo laboral el empleador debería pagar los aportes a pensión dejados de pagar porque la Ley 90 de 1946 estableció que los empleadores del sector privado estaban obligados a realizar el aprovisionamiento necesario para que posteriormente cuando el ISS diera la orden de afiliación pagaran los aportes respectivos toda vez que lo contrario daría origen a una injusticia derivada del servicio prestado por el trabajador pero no reconocido en aporte, igualmente se dijo en la sentencia SL792/13 el derecho al pago de portes es imprescriptible porque con estos aportes se construye el derecho a la pensión, y someterlos al termino trienal haría anulatorio el derecho pensional.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sentencia SL11590/17 manifiesta que el cambio de postura frente al cubrimiento de riesgos de los trabajadores que no se encontraban protegidos por no existir cobertura del ISS y en consecuencia su empleador no realizaba aportes ya que el empleador quedaba relevado de asumir el riesgo pensional a cambio de que se trasladara al entidad de seguridad, el cálculo actuarial de los aportes no realizados en ese intervenio corría a cargo de los empleadores con el exclusivo fin de proteger el derecho social de los afiliados. La corte abandonó viejas posiciones en la que se predicaba una inmunidad total del empleador ante estas situaciones, a la vez que definió entre otras cosas que no se podía negar las obligaciones que tenían los empleadores con sus trabajadores a pesar de que no actuaran de manera injuriosa al dejar de inscribirlos al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y en ese sentido esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura estarían a cargo del empleador por tener en cabeza suya el riesgo pensional y que la manera de concretar ese gravamen en casos de que el trabajador no alcanzare a completar la densidad de cotizaciones para la acceder a la pensión de vejez, es facilitar que se consolide su derecho mediante el traslado del cálculo actuarial para que de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de Seguridad Social.

En el presente asunto a folio 24 se encuentra la constancia expedida por el director de gestión humana del BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA) en la que se registra que ELENA MARTÍNEZ ACEVEDO estuvo vinculada en el banco ganadero que fue comprado por el banco BBVA, en

los periodos comprendidos del 01 de abril a 30 de junio de 1982; 01 de julio a 30 de septiembre de 1982; 01 de octubre a 30 de diciembre de 1982 y 01 de enero a 31 de marzo de 1983, mediante contrato a término fijo en la oficina del municipio de Pailitas, y a partir del 02 de mayo de 1983 hasta el 02 de abril de 1989, fue vinculada mediante contrato a término indefinido desempeñando el último cargo de auxiliar en la sucursal de Fonseca, así mismo se hace constar que el banco no realizó los aportes al seguro social porque no existía cobertura en Pailitas y en Curumani, por lo que solo realizó los aportes cuando laboraba en Fonseca, así se puede apreciar en el reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES visible folios 115-119.

De acuerdo con la nueva tesis de la Corte Suprema de Justicia el BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA) tiene la obligación de pagar el cálculo actuarial por los tiempos omitidos, por lo que debe entonces reconocer pagar y trasladar a COLPENSIONES el título pensional correspondiente por el periodo entre el 01 de abril 1982 al 22 de abril de 1985 respecto de los cuales el banco BBVA no realizó el pago de dichos aportes.

## **2.6 RECURSO DE APELACIÓN.**

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandada, presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia teniendo en cuenta los siguientes tópicos:

- No se encuentra de acuerdo con la condena del pago del cálculo actuarial a favor de la actora, en razón a que está demostrado dentro del proceso que en los municipios de Curumani y Pailitas no existía cobertura del ISS durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada, esto es hasta 31 de marzo 1983, por lo que no existía la obligación del empleador de cotizar en pensiones a favor de los trabajadores.
- No se encuentra de acuerdo con el pago a un bono o título pensional, puesto que la actora al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 artículo 33 no tenía vínculo contractual con la demandada, y tampoco posterior a la entrada en vigencia. Por tanto, no tiene derecho al cálculo.

## **2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

### **2.7.1. PARTE RECURRENTE.**

Mediante proveído de fecha 27 de octubre de 2021 se corrió traslado a la parte recurrente a efectos de presentar alegatos, y según se observa en constancia secretarial de fecha 16 de noviembre de 2021 fue presentado dentro del término, esgrimiendo los siguientes argumentos:

Manifiesta que el a quo incurrió en un yerro jurídico al exigírsele a la demandada el cumplimiento de una obligación legal que, para el momento de la ejecución del vínculo contractual con la accionante, es decir desde los años de 1982 hasta 1989

no tenía, ya que al no existir el ISS, jurídicamente le era imposible realizar aportes o afiliarse al trabajador si la relación laboral se ejecutaba en una zona donde el ISS aún no tenía cobertura, por consiguiente solicita revocar en su totalidad la sentencia proferida por la Juez de primera instancia y en su lugar se declare probada la excepción de inexistencia de la obligación, como consecuencia se absuelva a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

### **2.7.2. ALEGATOS DE LA PARTE NO RECURRENTE.**

Mediante proveído de fecha 26 de noviembre de 2021 se corrió traslado a la parte no recurrente a efectos de presentar alegatos, y según se observa en constancia secretarial de fecha 13 de diciembre de 2021 fue presentado fuera del término, esgrimiendo los siguientes argumentos:

El apoderado de la señora ELENA MARTÍNEZ ACEVEDO manifiesta que se encuentra de acuerdo con la decisión proferida por la Juez de primera instancia y solicita se condene en costas.

Por su parte la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, refiere que de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 797 de 2003, es pertinente indicar que está en cabeza del empleador la obligación de efectuar cotizaciones al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta el salario que efectivamente devenguen sus empleados dentro de los plazos y condiciones que determina la norma en mención, por lo tanto una vez el señor Juez declare la existencia de la relación laboral del demandante y el empleador BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA), Colpensiones procederá a realizar el estudio del cálculo actuarial, por lo que solicita efectuar el estudio y revisión en su integridad de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, en aras de verificar si se encuentra o no ajustada en derecho para la entidad que represento, toda vez que es un ente adscrito al estado, lo anterior con la finalidad de proteger los recursos y arcas de la nación.

## **3. CONSIDERACIONES.**

Preliminarmente debe expresarse, que, verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, razón por la cual debe ceñirse al principio de consonancia.

Por otro lado, se expresa, que los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, situación que permite proferir una decisión de fondo. Además, no se evidencia causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

### **3.1. COMPETENCIA.**

Este tribunal tiene competencia tal como se asigna el Artículo 15 literal B numeral 1 del C.P.T.S.S.

### 3.1.2. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Es preciso manifestar que no es un tema de discusión la existencia de la relación laboral entre la señora ELENA MARTÍNEZ ACEVEDO y el BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA), toda vez que fue aceptada por la demandada y probada dentro del proceso mediante constancia visible a folio 24, expedida por el director de gestión humana del de la entidad demandada, donde se quedan establecidos los extremos laborales de esta relación, se tiene que el problema jurídico principal a desatar es el siguiente:

*¿La falta de afiliación del empleador al sistema de la seguridad social en pensiones por no cobertura lo excluye de la responsabilidad del pago mediante título pensional conforme a calculo actuarial de los aportes no realizados?*

### 3.3. FUNDAMENTO NORMATIVO

#### 3.4 PRECEDENTE VERTICAL

##### 3.4.1 JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL

**3.4.1.1. Deber de afiliación por el empleador y consecuencias por el incumplimiento** (Corte Constitucional, SU226/19, MP Dra. DIANA FAJARDO RIVERA)

*“El desconocimiento de la afiliación por parte del empleador desestructura indebidamente la relación triangular en materia de pensiones, porque imposibilita jurídica y materialmente la vinculación de la entidad administradora correspondiente, y con ello el ejercicio de sus facultades relacionadas con la exigibilidad de los demás deberes pensionales del contratante. **Por ello, la responsabilidad de la omisión de la afiliación recae exclusivamente en el empleador incumplido.**”*

##### 3.4.2 JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

**3.4.2.1. Irrenunciabilidad de los aportes y derechos pensionales** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral SL1551-2021 del 10 de marzo de 2021 con radicado No. 80771. M.P Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán)

*“En primer lugar, es verdad que para la fecha en la que se desarrollaron los diversos vínculos laborales del actor, el Instituto de Seguros Sociales no había extendido su cobertura sobre las empresas del sector del petróleo, como la demandada, lo que solo vino a darse a partir del 1 de octubre de 1993, por medio de la Resolución n.º 4250 de 1993. No obstante, ante dicha realidad, **esta Sala de la Corte ha concluido que los empleadores, no obligados a realizar la inscripción, conservaban en todo caso obligaciones pensionales a su cargo, fruto de la imposibilidad de subrogación del riesgo, que se podían traducir en el reconocimiento de la pensión de jubilación o, en últimas, en el pago de los aportes correspondientes al tiempo servido y no afiliado, por medio de cálculos actuariales, en los términos definidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993**”.*

(...)

*“Por otra parte, del hecho de que la jurisprudencia de esta corporación hubiera sufrido ciertas variaciones y haya evolucionado desde una cierta inmunidad del empleador respecto de periodos dejados de aportar, por falta de cobertura del ISS, hasta garantizar su validación por medio de cálculo actuarial (CSJ SL9856-2014 y CSJSL17300-2014), no puede concluirse que el pago de los aportes constituyera un derecho incierto, pues lo importante es que, como ya se dijo, durante los periodos en los que no existía cobertura del ISS el empleador conservaba una clara carga pensional, establecida diáfananamente en la Ley 90 de 1946 y reconocida en las disposiciones de la Ley 100 de 1993”.*

(...)

**“esta Sala concluyó que los aportes destinados al sistema de seguridad social en pensiones no pueden ser materia de conciliación entre empleador y trabajador, por ser recursos de propiedad del sistema y constituir derechos ciertos e indiscutibles”** negritas y subrayas propias

(...)

*“En efecto, la Corte debe llamar la atención en que, como se dijo anteriormente, el hecho de que el Instituto de Seguros Sociales no hubiera extendido su cobertura sobre las empresas del sector del petróleo, como se verificó en este caso, implicaba que las mismas conservaran obligaciones pensionales precisas, que bien se podían traducir en el pago de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, con cargo exclusivo a sus recursos o, en últimas, en la convalidación de los tiempos servidos y no aportados ante la respectiva entidad de seguridad social, por medio de cálculo actuarial, en la forma prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3892-2016 y CSJ SL1342-2019)”.*

**3.4.2.2. Aplicación del cálculo actuarial, para el empleador incumplido con la obligación de afiliación del trabajador como garantía de acceso al sistema general de la seguridad social.** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1505-2020 Radicación N° 78240 del 21 de abril de 2020 MP Dr. OMAR DE JESUS RESTREPO OCHOA)

“(…)

*En efecto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que el empleador, que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (...)*

**Ello es así, porque el pago del mencionado título a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el trabajador, tiene por finalidad cubrir esos periodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, es decir, su único objetivo es que se perfeccione la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador.** (Subrayas al margen).

[...]

*Lo anterior, busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente, tratándose de periodos realmente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales. Por lo anterior, cuando no fue posible la afiliación, lo pertinente es que el empleador pague el título pensional para que se integre el capital que se requiere para el otorgamiento de la pensión de vejez.*



*Por otra parte, esta Corporación ha explicado que lo dispuesto en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, disposiciones que establecen que las entidades de seguridad social pueden tener en cuenta el tiempo servido como tiempo efectivamente cotizado, con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda por los tiempos omitidos, son aplicables a las pensiones que se otorguen en virtud del régimen de transición (CSJ SL9856-2014 y CSJ SL068-2018).*

*Ahora, la Corte ha precisado que para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c) del artículo 33 en comento, no es necesario que el contrato de trabajo esté vigente a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, toda vez que dicho aparte es contrario a los postulados de la seguridad social y, por ello, lo ha inaplicado, entre otras, en las sentencias CSJ SL 42398, 20 mar. 2013, CSJ SL646-2013, CSJ SL2138-2016, CSJ SL15511-2017 y CSJ SL3937-2018.*

*(...)*

*Ello, porque el derecho a la pensión es de carácter fundamental y, por tanto, se debe garantizar sin afectar la estabilidad financiera del sistema, en la medida que propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores y de las entidades de seguridad social con las cotizaciones sufragadas, situación que no depende de que el empleador sea público o privado, o que sea o no pagador de pensiones. [...].*

#### **4. CASO EN CONCRETO.**

La señora ELENA MARTÍNEZ ACEVEDO, hoy actora pretende que el BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA), realice el pago de título o bono pensional por el tiempo laborado, durante el cual la entidad demandada no realizó los aportes correspondientes al SGSS en pensiones como empleador, valor que se tendrá por calculo actuarial realizado por COLPENSIONES y se remitirá a BBVA, y una vez realizado el pago se actualice su historia laboral.

En contraprestación de lo indicado por la actora, BBVA, se opone a las pretensiones, pues los municipios de Pailitas y Curumani no contaban con cobertura para la época en que la actora laboró.

Mediante sentencia del 13 de octubre de 2017 el Juzgado Primero del Circuito de Valledupar accedió a lo pretendido por la hoy actora, por lo que la parte demandada BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA) interpuso recurso de reposición argumentando que no le asiste la obligación de tal pago, toda vez que para la fecha del vínculo contractual no existía cobertura del ISS en el lugar de los servicios prestados.

Se descende entonces a resolver el problema jurídico planteado:

***¿La falta de afiliación del empleador al sistema de la seguridad social en pensiones por no cobertura lo excluye de la responsabilidad del pago***

***mediante título pensional conforme a calculo actuarial de los aportes no realizados?***

Se duele el recurrente al indicar que no hay razón al pago del calculo actuarial ni el bono a título pensional, pues durante el tiempo que la actora estuvo vinculada no había cobertura del ISS, no existiendo la obligación de cotizar al fondo de pensiones en favor de la actora.

En primer lugar, el Tribunal estima que lo concerniente a la postura de la *a-quo* respecto a la determinación de la de la tesis de la falta de afiliación es acertada y concuerda con las líneas jurisprudenciales pluricitadas, las cuales abordan múltiples aspectos jurídicos entre ellos el más importante son los efectos de la falta de afiliación del empleador respecto al derecho social del trabajador

Es menester señalar varios puntos:

- ✓ El Tribunal de Cierre ha referido la responsabilidad de los empleadores la responsabilidad de afiliación al sistema de seguridad social en pensión
- ✓ En aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, la Corte también optó, por imponer el reconocimiento del servicio prestado y las cotizaciones a través de calculo actuarial al sistema de seguridad social en pensión.

A manera de colofón, en el presente caso se puede decir que el empleador no actuó de manera *incuriosa* al no afiliar a la trabajadora al SGSS en pensiones, pues acéptese que en el municipio donde se prestó el servicio no existía cobertura del ISS; sin embargo, persiste en cabeza de éste dicha obligación respeto de los aportes no realizados; es por ello que le asiste el pago de los aportes necesarios (acordes al tiempo laborado) para el abrigo de la pensión de vejez de la trabajadora ELENA MARTÍNEZ ACEVEDO, teniendo en cuenta que en el libelo de demanda manifiesta estar próxima a cumplir la edad requerida para adquirir este derecho y le es necesario el reporte de cotización del tiempo laborado con la hoy demandante para completar el número de semanas exigidas por el RPMCD.

Es de anotar que es cierto que para la época en que la actora laboró no había cobertura, también lo es que los empleadores no obligados a realizar la inscripción, conservan en todo caso la obligación pensional, que se puede traducir en el reconocimiento una pensión o en el pago de los aportes correspondientes al tiempo servido y no afiliado por medio de cálculo actuarial; todo esto en aplicación a la sentencia traída a esta providencia como material de apoyo SL1551-2021 del 10 de marzo de 2021 proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Resumiendo las citas jurisprudenciales traídas como insumo se puede decir En sentencias CSJ SLSL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ

SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado su jurisprudencia consistente en que ante la omisión en la afiliación del trabajador por parte de su empleador al sistema general de pensiones, es deber de las entidades que conforman el sistema tener en cuenta los periodos servidos como tiempos efectivamente cotizados, generándose como consecuencia en contra del empleador el desembolso del respectivo título pensional a satisfacción de la correspondiente entidad y no el reconocimiento directo de la prestación económica.

De tal suerte que la afirmación realizada por el Juez en este caso resulta apropiada, pues la omisión del empleador en la afiliación por falta de cobertura, **NO LA EXCLUYE de la responsabilidad del pago mediante título pensional conforme a calculo actuarial de los aportes no realizados.**

Ahora, en este sentido acierta de un todo la Juez de primera instancia, al condenar al demandado, BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA) al pago de los aportes conforme a los extremos del contrato de trabajo declarados; asumiendo además que los mismos deben liquidarse sobre salario mínimo.

Sin embargo, y a fin que la sentencia de primera instancia tome fuerza ejecutoria, omitió la primera instancia otorgar un término tanto a la entidad encargada de liquidar y recibir el aporte, así como a la entidad encargada del pago; para que no se torne incierto e indefinido el derecho de la trabajadora en el tiempo, por lo que se requerirá a COLPENSIONES, para que determine el cálculo actuarial dentro de los 15 días calendario siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Finalmente, respecto de aportes correspondientes del 1º de abril hasta el 22 de abril de 1985, se pagarán dentro de los 30 días calendario, posteriores a la presentación del cálculo actuarial por Colpensiones. En este sentido se modificará la sentencia de primera instancia.

## 5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia del trece (13) de octubre de 2017 proferida por el Juzgado Primero Laboral de Valledupar que en consecuencia quedará así:

**“PRIMERO: CONDENAR** al BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A (BBVA) a pagar en favor de la demandante, señora ELENA

*MARTÍNEZ ACEVEDO, los aportes correspondientes del 1º de abril hasta el 22 de abril de 1985, dentro de los 30 días calendario, posteriores a la presentación del cálculo actuarial por Colpensiones.”*

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia del trece (13) de octubre de 2017 proferida por el Juzgado Primero Laboral de Valledupar que en consecuencia quedará así:

*“**SEGUNDO: ORDENAR** a COLPENSIONES, a determinar el cálculo actuarial dentro de los 15 días calendario siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, y posterior a ello recibir el referido cálculo y abonarlo a la cuenta pensional de la señora ELENA MARTÍNEZ ACEVEDO.”*

**TERCERO: CONFIRMAR** en su integridad los numerales tercero y cuarto de la sentencia del trece (13) de octubre de 2017 proferida por el Juzgado Primero Laboral de Valledupar.

**CUARTO: CONDENAR** en agencias en derecho a la parte recurrente por la suma de UN (1) SMLMV por no salir avante el recurso interpuesto. Líquidese en forma concentrada conforme lo señala el artículo 366 del CGP.

**QUINTO: NOTIFICAR** por estado, para tal fin remítase a la secretaría de este Tribunal.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS  
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,  
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;  
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

**JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH  
MAGISTRADO PONENTE**

**JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ  
MAGISTRADO**

**ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ  
MAGISTRADO**