



República de Colombia
Tribunal Superior Del Distrito
Judicial De Valledupar
Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado Ponente

TIPO DE PROCESO: ORDINARIO LABORAL – APELACIÓN SENTENCIA
RADICACIÓN: 200013105002-2017-00261-01
DEMANDANTE: HENRY HENRY GÓMEZ JIMÉNEZ
DEMANDADO: PALMERAS DE LA COSTA S.A.
ASUNTO: CONFIRMA SENTENCIA APELADA

Valledupar, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, decide la Sala de manera escrita el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, el 15 de noviembre de 2018.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de una relación laboral con PALMERAS DE LA COSTA S.A. En consecuencia, se condene a emitir un bono pensional Tipo A ante el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., que represente el cálculo actuarial de las cotizaciones no realizadas al sistema general de pensiones del periodo comprendido entre el 23 de febrero de 1980 al 31 de marzo de 1985; del 1° de enero de 1986 al 31 de julio de 1988; del 5 noviembre de 1988 al 8 de mayo de 1992, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró haber trabajado para la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 23 de febrero de 1980 hasta el 8 de mayo de 1992, en el cargo de Supervisor

Zonal en el municipio el Copey del departamento del Cesar. Advierte que fue afiliado al sistema de pensiones administrado por el Instituto de los Seguros Sociales por parte de la demandada donde realizó aportes del 1º de abril al 31 de diciembre de 1985 y del 1º agosto al 4 de noviembre de 1988, sin embargo, el contrato de trabajo feneció el 8 de mayo de 1992.

Al dar respuesta, **Palmeras de la Costa S.A.**, se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó lo relacionado con la existencia del contrato de trabajo, el cargo ejercido, el municipio donde se ejecutaron las labores y la data del finiquito laboral. Manifestó no ser cierto los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, la de contribuir el demandante con las cotizaciones, la buena fe y las demás declarables oficiosamente.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, mediante fallo de 31 de octubre de 2018, resolvió:

PRIMERO: *Declarar que entre Henry Gómez Jiménez y Palmeras de la Costa S.A. existió un contrato de trabajo conforme a la parte motiva.*

SEGUNDO: *Palmeras de la Costa S.A. deberá constituir y cancelar a favor Henry Gómez Jiménez, por conducto de la sociedad administradora de pensiones Porvenir S.A., el valor del cálculo de la reserva actuarial y/o título pensional correspondiente, liquidables desde que se hicieron exigibles hasta la fecha de pago, con los valores que da cuenta la parte motiva, en los siguientes periodos:*

- *Del 23 de febrero de 1980 al 31 de marzo de 1985*
- *Del 01 de enero de 1986 al 31 de julio de 1988*
- *Del 05 de noviembre de 1988 al 08 de mayo de 1992*

TERCERO: *Costas y agencias en derecho a cargo de la demandada y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán una vez quede ejecutoriada la sentencia, conforme a los acuerdos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura.”*

Parágrafo: En cuanto al numeral segundo, palmeras de la costa gestionará y/o el demandante realizarán la liquidación del cálculo correspondiente y una vez se le notifique a palmeras de la costa S.A se hace exigible la obligación, se constituirá para efectos de discusión título complejo entre la sentencia y liquidación que haga la gestora y su debida notificación.

Como sustento de su decisión, luego de dar por sentado la existencia de un contrato de trabajo entre las partes a partir del 23 febrero de 1980 al 8 de mayo de 1992, señaló que a pesar de que en el municipio del Copey donde laboró el demandante, la cobertura del ISS y la obligación de la afiliación inició a partir del 1º de octubre de 1992, ello no exime al empleador de efectuar cotizaciones durante los periodos en que laboró al servicio de la demandada, lo cual se remedia mediante la constitución de un cálculo actuarial, pues conforme a la jurisprudencia laboral y la ley esos periodos de no afiliación por falta de cobertura deben ser cubiertos por la empresa por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, sin que pueda ver afectado el trabajador su derecho pensional.

En tal virtud, a pesar de verificar afiliado el demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir, de conformidad con el reporte de semanas cotizadas condenó a Palmera de la Costa S.A. a pagar el título pensional correspondiente por los periodos que van del 23 de febrero de 1980 al 31 de marzo de 1985; del 1º de enero de 1986 al 31 de julio de 1988 y del 5 de noviembre de 1988 al 8 de mayo 1992, como quiera que para esa data se encontraba vigente el contrato laboral y no se reportó cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

Para tal fin, tuvo en cuenta los siguientes salarios base de cotización:

- Del 23/02/1980 hasta 30/09/1980: \$5.500
- Del 01/10/1980 al 30/03/1981: \$6.800
- Del 01/04/1981 al 30/09/1981: \$7480
- Del 01/04/1982 al 30/09/1982: \$11.600
- Del 01/10/1982 al 30/03/1983: \$1800
- Del 01/04/1983 al 14/08/1983: \$15.600
- Del 15/08/1983 al 30/03/1984: \$20.000
- Del 01/04/1984 al 30/10/1984: \$22.736
- Del 01/11/1984 al 30/03/1985: \$25.464
- Del 01/04/1985 al 30/03/1986: \$30.464
- Del 01/04/1986 al 25/01/1987: \$36.035
- Del 26/01/1987 al 30/03/1987: \$41.606

- Del 01/04/1987 al 30/03/1988: \$63000
- Del 01/04/1988 al 30/03/1989: \$78.510
- Del 01/04/1989 al 30/03/1990: \$129513
- Del 01/04/1990 al 30/03/1991: \$156.712
- Del 1/04/1991 al 30/03/1992: \$160.929
- Del 1/04/1991 al 08/05/1992: \$189.408

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte demandada interpuso el recurso de apelación, para que sea revocada la sentencia, al argumentar que conforme al artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, las normas del trabajo son de orden público y se aplican a los contratos de trabajo vigentes, por tanto, al no existir la relación laboral al momento de entrada en vigor la Ley 100 del 1993, no puede ser aplicada.

Igualmente, referenció que el Decreto 1887 de 1994 y demás normas citadas que regulan el cálculo actuarial se aplica únicamente a los a los trabajadores del régimen de transición y en especial a quienes se hayan acogido al régimen de prima media, cuyo contrato estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993. Por tanto, no es procedente aducir ese precepto legal como fundamento de la decisión en la medida en que el actor escogió el régimen de ahorro individual administrado por Porvenir.

De otro lado, controvierte que se hubiera ordenado al empleador el pago del 100% del título pensional, pues el demandante también debe contribuir en el porcentaje correspondiente a la cotización. Finalmente, aduce que el juez de instancia se desbordó al haber ordenado una actualización a pesar de no ser solicitada o discutido en juicio.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación de conformidad con lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde determinar si el empleador

demandado está en la obligación de efectuar el pago del cálculo actuarial dispuesto en primera instancia.

Se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que: **i)** el demandante prestó sus servicios personales a Palmeras de la Costa S.A., a partir del 23 febrero de 1980 al 8 de mayo de 1992 y, **ii)** el empleador no realizó aportes a pensiones del 23 de febrero de 1980 al 31 de marzo de 1985; del 1º de enero de 1986 al 31 de julio de 1988 y del 5 de noviembre de 1988 al 8 de mayo 1992; como **iii)** tampoco los salarios percibidos por el trabajador encontrados por el juzgado y que deben servir de base de cotización.

I. Del cálculo actuarial durante período en que el ISS no subrogó el riesgo por falta de cobertura.

Conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se advierte que las normas llamadas a definir los efectos de la *«falta de afiliación»*, en perspectiva de la consolidación del derecho, **«son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados»** (CSJ SL14388-2015).

Igualmente, tiene adoctrinado la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria laboral 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, máxime cuando se trata de períodos en que aquellas estaban a su cargo, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez. Así lo indicó en sentencia CSJ SL9856-2014, reiterada en SL173002014, SL14388-2015, SL10122-2017, SL15511-2017, SL068-2018, SL1356-2019 y SL1342-2019, en la cual se puntualizó que:

“Estima esta Corte que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período -en el que aquel tuvo tal responsabilidad-, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

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

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.”

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 (CSJ SL5109-2019, SL2879-2020, SL1842-2022).

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 (CSJ SL17300-2014, CSJ SL5535-2018).

Conviene resaltar que el cálculo actuarial *«es un mecanismo de financiación de las pensiones ideado por la Ley 100 de 1993, para*

prestaciones causadas durante su vigencia (CSJ SL14388-2015) sin importar si los tiempos a convalidar se prestaron antes o después de su expedición» (CSJ SL5539-2019). Por tal motivo, las entidades de seguridad social a efectos de reconocer pensiones, incluso en aplicación del régimen de transición, pueden tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado (CSJ SLSL9856-2014 y CSJ SL068-2018).

Por otra parte, la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no es necesario que el contrato de trabajo esté vigente a la entrada en vigor de la norma en comento, 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.

En resumen, las reglas y subreglas que emergen de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se sintetizan en que: **(i)** 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)** en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, deben estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y **(iii)** la manera de concretar ese gravamen, en casos en los que el trabajador no alcanzó a estructurar los requisitos para obtener una pensión a cargo del empleador o a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez que otorga el sistema, 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.

Al amparo de las anteriores reflexiones, el simple trabajo humano, desplegado en favor de un empleador, debe tener efectos pensionales. No puede, en consecuencia, y así sea por razones ajenas al empresario, desecharse tales tiempos, pues, se insiste, son un derecho ligado a la prestación del servicio, de índole irrenunciable. En ese horizonte se ha

pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, al definir que *«la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado»* (SL 33476, 30 sep. 2008).

Así las cosas, no se equivocó el juzgador de instancia al ordenar el pago del cálculo actuarial en cabeza de Palmeras De La Costa S.A por los períodos comprendidos entre el 23 de febrero de 1980 al 31 de marzo de 1985; del 1º de enero de 1986 al 31 de julio de 1988 y del 5 de noviembre de 1988 al 8 de mayo 1992. Extremos que se insiste las partes no manifestaron inconformidad.

Además, a pesar que los periodos referidos fueron anteriores al llamado a inscripción que hiciera el ISS a la empresa demandada - 1º de octubre de 1992 (f.º 54) – no lo exime del pago del título pensional, dado que en cabeza del empleador demandado estaba a su cargo los riesgos de invalidez, vejez y muerte del trabajador.

II. De la asunción del cálculo actuarial en un 100% en cabeza del empleador.

Sobre tal tópico, se advierte que en casos en los que se comprueba la falta de afiliación del trabajador, no por la omisión del empleador, sino por la falta de cobertura del sistema de pensiones en un determinado territorio, estos lapsos, deben estar a cargo del empleador, por permanecer a su cargo el riesgo pensional.

Sobre el particular, ya se pronunció la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4334-2019, en la que puntualizó:

“En efecto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada 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 (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y SL14215-2017), máxime cuando se trata de períodos en que aquellas estaban a su cargo (CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017, CSJ SL5541-2018 y CSJ SL3547-2018) y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente para el reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL173002014,

SJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019 y CSJ SL1342-2019)”

En ese horizonte, no tienen vocación de prosperidad los argumentos de apelación en este sentido.

III. De la actualización de la reserva actuarial dispuesta por el juzgado de primera instancia y la afiliación al RAIS.

No se equivoca el juzgado de conocimiento al disponer en la sentencia la actualización de la reserva actuarial, pues, indistintamente que la instancia lo hubiera mencionado, ello opera en virtud de la misma ley, pues al revisar con detalle el Decreto 1887 de 1994, a través del cual se establece la fórmula y metodología que se debe utilizar para determinar el cálculo actuarial, tal elemento correctivo de la moneda se encuentra inmerso.

Finalmente, la sola afiliación realizada por el demandante al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. a partir de abril de 2002 (f. 18), no trunca la elaboración del cálculo actuarial, pues el Decreto 1887 de 1994 en el artículo 10 así lo permite.

Aquí conviene recordar que *«el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. El trabajo efectivo, desarrollado en favor de un empleador, causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados al mismo»* (CSJ SL, 9 sep. 2020, rad. 60664).

Esta última providencia reiteró lo expuesto en sentencia CSJ SL514-2020 en la que se explicó:

“[...] en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral; en la SL8082-2015, señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio», y en la SL759-2018 sostuvo que «la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras.

Luego, ninguna razón atendible existe para desestimar la elaboración del cálculo actuarial por el solo hecho que en la actualidad el demandante este afiliado al RAIS.

En consecuencia, se confirma la decisión proferida en primera instancia.

Conforme al numeral 3º del artículo 365 del Código General Del Proceso aplicable al trámite laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social, al confirmarse la decisión judicial revisada, se condena al recurrente a pagar las costas de esta instancia

V. DECISIÓN

Por lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, SALA N°2 CIVIL – FAMILIA – LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, el 15 de noviembre de 2018.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada. Inclúyase por concepto de agencias en derecho de esta instancia la suma correspondiente a 1 SMLMV. Líquidense concentradamente en el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado

(Con manifestación de impedimento)
JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado