

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA CIVIL - FAMILIA - LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2019-00177-01
DEMANDANTE: ALVARO MARTÍNEZ MENDOZA
DEMANDADO: INDUPALMA
DECISIÓN: CONFIRMA SENTENCIA

Valledupar, treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 06 de septiembre de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Aguachica, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ALVARO MARTÍNEZ MENDOZA** contra **INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA - INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN**.

I. ANTECEDENTES

1. LIBELO INTRODUCTORIO

Buscan se declare que Indupalma tiene la obligación de pagar el título pensional correspondiente al cálculo actuarial del tiempo en el cual no hubo afiliación al sistema de pensiones en favor de Álvaro Martínez Mendoza. En consecuencia, depreca que se condene a la pasiva a cancelar dicho concepto, por los periodos que van desde el 23 de junio de 1980 hasta el 20 de marzo de 1981, del 8 de junio de 1981 hasta el 3 de mayo de 1982 y desde el 15 de junio de 1982 hasta el 23 de agosto de 1991, más los intereses moratorios y costas del proceso.

Como sustento factico de esas pretensiones, relató que Álvaro Martínez Mendoza se vinculó laboralmente en Indupalma, a través de sendos contratos de termino fijo que se extendieron por los extremos arriba

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2019-00177-01
DEMANDANTE: ALVARO MARTÍNEZ MENDOZA
DEMANDADO: INDUPALMA

reseñados, sin haber cumplido el empleador con su obligación de afiliar al trabajador al sistema de pensiones y tampoco realizó el pago de aportes al respectivo fondo para cubrir esa contingencia.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 21 de junio de 2019, y una vez notificado ese proveído a la demandada, procedió a dar contestación admitiendo la existencia de los contratos de trabajo y sus extremos temporales, pero se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Para sustentar su defensa adujo que con anterioridad al año 1991 Indupalma no estaba obligada a efectuar cotizaciones al ISS, teniendo en cuenta que dicha entidad no tenía cobertura en el municipio de San Alberto – Cesar (lugar donde el demandante prestó sus servicios), obligación que surgió a partir del 8 de enero de 1991, siendo esta la fecha en que la empresa afilió a todos sus trabajadores.

En su defensa, propuso las excepciones perentorias de «*Inexistencia de obligaciones a cargo de Indupalma*», «*Pago equitativo y justo de los aportes a seguridad social en pensiones en periodo por falta de cobertura del ISS*», «*Falta de título y causa en el demandante*», «*Prescripción*» y «*Buena fe de Indupalma*».

3. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia, mediante proveído del 06 de septiembre de 2022, declarando que entre Álvaro Martínez Mendoza e Indupalma existieron los contratos de trabajo señalados en el escrito de contestación de demanda, condenó al pago del título pensional con cálculo actuarial correspondiente a los periodos comprendidos entre el 23 de junio de 1980 hasta el 20 de marzo de 1981, desde el 8 de junio de 1981 hasta el 3 de mayo de 1982 y del 15 de junio de 1982 al 7 de enero de 1991; negó las excepciones de mérito planteadas y condenó en costas a Indupalma.

Para arribar a esa conclusión, la juzgadora restó validez a la tesis planteada por la demandada, en sentido que no tenía la obligación de realizar los aportes pensionales al actor, por cuanto no existía cobertura en el municipio de San Alberto para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, debido a que el empleador tenía conocimiento del deber de hacer los

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2019-00177-01
DEMANDANTE: ALVARO MARTÍNEZ MENDOZA
DEMANDADO: INDUPALMA

aprovisionamientos necesarios para cumplir con dichos aportes una vez iniciara la cobertura de dichos riesgos en el respectivo municipio.

Con ello en consideración, expuso que hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago del cálculo actuarial por periodos no cotizados por el empleador, aun cuando en vigencia del contrato de trabajo éste no hubiese sido llamado a inscripción por parte del ISS, indicando que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ello no «*exonera al empleador de cumplir el mandato previsto en el literal C) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993*».

4. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido Indupalma interpuso recurso de apelación que sustentó esgrimiendo que, para la vigencia de los contratos de trabajo, la empleadora no estaba posibilitada u obligada a afiliarse, descontar o cotizar al ISS por los riesgos de vejez, invalidez o muerte de su empleado, pues la gestora no tenía cobertura en el municipio de San Alberto, lugar donde prestó sus servicios el demandante.

Expuso que la ley rige hacia futuro y que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, por lo que, de conformidad con el artículo 260 del CST, la única obligación de los empleadores era pagar la pensión de jubilación al trabajador que cumpliera los requisitos previstos para ello; trayendo a colación que el artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990 solamente aplica una vez ocurra la asunción por parte del ISS de las pensiones de jubilación e invalidez a cargo de los patronos, es decir, para los empleadores como Indupalma, desde el 8 de enero de 1991 y que, el artículo 151 de la ley 100 de 1993 prevé que lo relacionado con cálculos actuariales o títulos pensionales no admiten aplicación retroactiva de la ley .

Insistió en que la empresa actuó de buena fe y no fue omisiva, toda vez que las normas que regulaban la obligación pensional a cargo de los empleadores, antes de la asunción del riesgo de vejez por el ISS, no traía disposición alguna en materia de aportes previos, bonos, títulos pensionales o traslados de sumas equivalente, sin que hubiere llamado a inscripción, resultando evidente que no había fuente jurídica que determinara aprovisionamiento alguno, como tampoco ente judicial o administrativo que en aquel entonces lo exigiera, por lo que existía

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2019-00177-01
DEMANDANTE: ALVARO MARTÍNEZ MENDOZA
DEMANDADO: INDUPALMA

imposibilidad legal y material de afiliarse y aportar por el demandante en esa época.

Finalmente, refirió que la obligación de cotización para la construcción de la pensión de vejez era mancomunada, entre trabajador y empleador, que el cálculo impone una obligación desbalanceada y sancionatoria, por un deber que no tuvo hasta que inició la cobertura del IVM en cabeza del ISS. Por ello, y teniendo en cuenta que lo que se busca es la construcción de la prestación pensional del actor, solicitó que, de no acceder a la revocatoria de la condena, se modifique en sentido que solo debe ordenarse la actualización de los aportes para cotización a pensión, en el porcentaje a cargo del empleador.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

El consabido presupuesto procesal de demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad procesal y competencia se hallan cumplidos en el presente caso, motivo por el cual el proceso se ha desarrollado normalmente. Desde el punto de vista de la actuación tampoco observa la Sala causal de nulidad que pueda invalidar el proceso, lo que obliga a adoptar una decisión de fondo.

La Sala resolverá el recurso en los términos en que fue formulado, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 66-A del CPTSS.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Acorde con los términos del recurso de apelación, se tiene que el problema jurídico a desatar por esta Sala se contrae a determinar si acertó la juez de primer grado cuando ordenó el traslado del título pensional que represente el cálculo actuarial de las cotizaciones no realizadas al sistema general de pensiones por la empresa demandada en favor del demandante, durante el periodo en que el ISS no tenía cobertura en el municipio donde laboraba el trabajador.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2019-00177-01
DEMANDANTE: ALVARO MARTÍNEZ MENDOZA
DEMANDADO: INDUPALMA

En caso negativo, si la condena debe comprender únicamente el valor del aporte que le correspondería al empleador, liquidado conforme al porcentaje que define la ley a su cargo.

2. TESIS DE LA SALA

La Sala se aviene a la decisión proferida por la juez de primer grado, por cuanto, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago del cálculo actuarial por los períodos no cotizados por el empleador, aun cuando en vigencia del contrato de trabajo este no hubiese sido llamado a inscripción por parte del Instituto de Seguros Sociales.

3. DESARROLLO DE LA TESIS

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala precisa recordar que, según lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-177 de 1998 antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993 no existía en Colombia un sistema integral de pensiones, además que tratándose de los trabajadores del sector privado la responsabilidad del pago de prestaciones propias de la jubilación recaía en ciertos empresarios –de conformidad con el monto de su capital– atendiendo las previsiones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Si bien el Instituto de los Seguros Sociales fue creado en el año 1946, la cobertura prestacional a cargo de dicha entidad no fue general para todo el país, sino que inició a partir de 1967 en forma progresiva y por sectores, profiriéndose actos administrativos en los que se establecía la fecha a partir de la cual operaba la cobertura en determinados lugares de la geografía nacional.

Descendiendo al reproche formulado por el recurrente, advierte la Sala que la falladora de primera instancia ordenó el reconocimiento del cálculo actuarial por los periodos comprendidos entre el 23 de junio de 1980 hasta el 20 de marzo de 1981, desde el 8 de junio de 1981 hasta el 3 de mayo de 1982 y del 15 de junio de 1982 al 7 de enero de 1991; por lo que corresponde a la Sala examinar si hay lugar al reconocimiento de dicha prerrogativa económica, pese a que el contrato de trabajo tuvo lugar antes

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2019-00177-01
DEMANDANTE: ALVARO MARTÍNEZ MENDOZA
DEMANDADO: INDUPALMA

de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 –1° de abril de 1994- e incluso con anterioridad a la llamada a inscripción de Indupalma en el Municipio de San Alberto por parte del ISS.

Ese planteamiento fue resuelto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la providencia del 2 de marzo de 2016, radicado 45209, M. P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, donde señaló siguiente:

...que ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep. 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral.

Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Continuó indicando la misma providencia, que la obligación del bono tiene su fundamento en el hecho que el empleador, durante la vigencia del contrato de trabajo, conforme al artículo 260 del CST, tuvo a su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación, la cual no cesó por el hecho que no hubiese sido llamada a la afiliación obligatoria en ese tiempo y tampoco por que el contrato terminara antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993. De conformidad con lo anterior, consideró que el empleador debe reconocer esos tiempos de servicio con el valor correspondiente del cálculo actuarial en los términos del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, sin que, como quedó dicho, deba tenerse en cuenta si el contrato de trabajo subsistía o no a la entrada en vigencia de la mentada Ley 100.

Esa postura ha sido ratificada, entre otras, en providencia CSJ SL2584-2020, donde se expuso:

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, territorial o por actividad, debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (...) por

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2019-00177-01
DEMANDANTE: ALVARO MARTÍNEZ MENDOZA
DEMANDADO: INDUPALMA

tanto, deben asumir el título pensional correspondiente para el reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL17300-2014, SJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019, CSJ SL1342-2019 y CSJ SL1140-2020).

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 períodos 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.

Ese criterio lo viene aplicando la Alta Corporación para todas aquellas hipótesis en que con independencia de los motivos que originen la no afiliación del trabajador, es decir por omisión del obligado o por falta de cobertura, el empleador debe responder por las cotizaciones representadas en cálculos actuariales con el fin de habilitar esos tiempos para efectos de financiar eventuales prestaciones pensionales. Esa solución se ha extendido también a aquellos casos en que declara la existencia de contrato de trabajo realidad y sin que tenga trascendencia la vigencia o no del nexo laboral, a la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

Conforme viene de verse, no tiene cabida el reparo de la inexistencia de normas que obligaran a la empresa en ese sentido para la fecha en que se desarrolló la relación laboral. Así lo explicó la Corte Suprema de Justicia en la providencia en cita:

Lo anterior no implica la imposición de una obligación por fuera de la ley como erradamente lo manifiesta la recurrente; por el contrario, 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 efectivamente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales.

No sobra destacar que, a partir del año 2014, la jurisprudencia de esta Sala dejó de lado la teoría que defiende la recurrente en sede del recurso extraordinario. En efecto, desde la sentencia CSJ SL, 16 jul. 2014, rad. 41745 la postura que adoptó esta Corporación es que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones subsisten, aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia.

A causa de lo anterior, en los periodos no cotizados por falta de cobertura, los empleadores a través de un título pensional asumen las contingencias que se originan en la vejez, invalidez o muerte, de tal forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones que se encuentran a cargo del ISS hoy Colpensiones. Así lo adoctrinó este Colegiado al estudiar un asunto similar:

(...)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2019-00177-01
DEMANDANTE: ALVARO MARTÍNEZ MENDOZA
DEMANDADO: INDUPALMA

En cuanto al argumento de la censura relativo a que el contrato de trabajo del actor no estaba vigente al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y, por tanto, no tiene la obligación de sufragar título pensional alguno, vale resaltar que tal circunstancia es irrelevante, pues aun antes de la expedición de tal normativa, los empleadores conservaban las cargas pensionales derivadas de los servicios prestados por sus trabajadores. Sobre el particular, en sentencia CSJ SL 2138 de 2016, esta Sala precisó (...)

Así las cosas, en cuanto a los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, su alcance debe pensarse bajo el entendido de que tales normativas sí dispusieron una obligación a cargo de los empleadores de realizar la provisión proporcional al tiempo en que el trabajador laboró. Y en el caso de los empleadores respecto de los cuales no empezó a operar la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por falta de cobertura del ISS, no los liberó de responsabilidad, pues estos riesgos continuaron a su cargo en vigencia de los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo¹.

Ahora bien, debe recordarse que la situación aquí estudiada no deviene de la tardanza del actor, sino de la omisión prolongada por parte de la demandada del cumplimiento de la responsabilidad que tenía frente a su trabajador, máxime si se tiene en cuenta que la tesis que aquí se sostiene no es novedosa.

Recuérdese que, al respecto, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, desde proveído CSJ SL9856-2014, explicó:

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.

Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

En ese orden de ideas, tal como lo expuso la sentenciadora de primera instancia, queda claro 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

¹ CSJ SL1720-2022

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2019-00177-01
DEMANDANTE: ALVARO MARTÍNEZ MENDOZA
DEMANDADO: INDUPALMA

a sus trabajadores, máxime cuando se trata de períodos en que aquellas estaban a su cargo y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de las prestaciones pensionales a que haya lugar, a través del cálculo actuarial que efectúe el ente de seguridad social que asuma el reconocimiento de la pensión de vejez del demandante.

Finalmente, en torno al deber de asumir en forma total el pago del correspondiente cálculo actuarial, con lo que puntualmente discrepa el recurrente, la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia ha precisado, que, en estos eventos, el empleador debe trasladar la suma correspondiente sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de tales sumas, como se explicó en sentencia CSJ SL3867-2021, donde se dijo:

‘Al respecto, no le asiste razón a la recurrente en su cuestionamiento, debido a que el cálculo actuarial no es una proyección de cotizaciones o aportes de períodos anteriores, como si se estuviera frente a una mora en la cotización, sino que equivale a parte del capital necesario para financiar una pensión; y aún, si se tratara de aportes, que no lo es, ya se ha dicho, lo cierto es que tampoco acompañaría la razón a la censura, porque el inciso segundo del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, establece que «El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador’.

(...)

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.º 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.

En efecto, la referida disposición dispone «En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2019-00177-01
DEMANDANTE: ALVARO MARTÍNEZ MENDOZA
DEMANDADO: INDUPALMA

actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional».

Conforme a todo lo expuesto, en ningún error incurrió la juzgadora de primera instancia al colegir que el pago del empleador omiso debe materializarse a través del pago de la totalidad del cálculo actuarial, que no de la entrega de cotizaciones indexadas o cotizaciones de mora y solo en el porcentaje legal a cargo del empleador.

Conforme lo discurrido, se confirmará lo decidido por la juez de primer grado. Costas de esta instancia a cargo de la demandada, habida cuenta de la no prosperidad del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto el Tribunal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y Por autoridad de la ley,

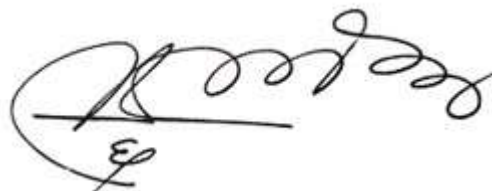
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Aguachica.

SEGUNDO: Costas a cargo de la parte recurrente. Como agencias en derecho a favor del demandante y contra la demandada Indupalma se fija la suma de un salario mínimo legal vigente, las que se liquidarán concentradamente por el juez de primera instancia.

TERCERO: En firme esta decisión, devuélvase el expediente a su lugar de origen para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

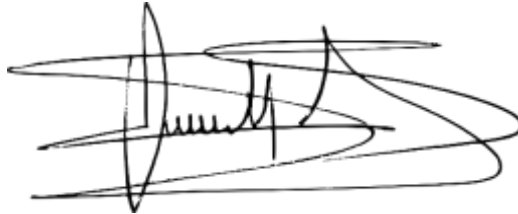


JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2019-00177-01
DEMANDANTE: ALVARO MARTÍNEZ MENDOZA
DEMANDADO: INDUPALMA



EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado