CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO

Magistrado ponente

SL046-2020

Radicación n.° 69610

Acta 01

Bogotá, D. C., veinte (20) de enero de dos mil veinte (2020).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **AGRÍCOLA EL RETIRO S. A.** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, el tres (3) de septiembre de dos mil catorce (2014), en el proceso ordinario laboral que promovió **DILSA INÉS BORJA** contra la sociedad recurrente y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

DILSA INÉS BORJA demandó a AGRÍCOLA EL RETIRO S. A. y al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que se condenara a la primera a pagarle a la segunda el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado entre el 12 de septiembre de 1981 y el 13 de agosto de 1993, debiendo la citada AFP efectuar las gestiones necesarias para que se procediera con su cancelación y que, como consecuencia de lo anterior, se condenara a la entidad de seguridad social a reconocerle la pensión de vejez, con sus mesadas adicionales, en un monto igual al 90 % del IBL, desde el 8 de febrero de 2002, bajo el Acuerdo 049 de 1990, más los intereses moratorios o, en subsidio, la indexación, con la afiliación a una EPS y las costas.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que el 12 septiembre de 1981, se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de oficios varios en la finca Alex Helena; que fue afiliada al seguro social por la demandada el 14 de agosto de 1992; que nació el 8 febrero de 1947; que cumplió los 55 años de edad el 8 de febrero de 2002; que al 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad; que es beneficiaria del régimen de transición; que solicitó al ISS el reconocimiento de su pensión y, mediante la Resolución n.° 2324 del 2004, esta entidad le negó el derecho pensional, porque solo acreditaba 540 semanas cotizadas.

Narró, que interpuso recurso de reposición y el ISS, por la Resolución n.° 24247 de diciembre de 2005, no repuso la anterior; que, según reporte impreso el 8 de mayo de 2013, solo cotizó 974 semanas; que, por haber laborado desde el 12 de septiembre de 1981, el total de semanas cotizadas debería ascender a 1628, aproximadamente.

Recordó, que el 1° de agosto de 1986, el ISS asumió los riesgos de IVM en la zona de Urabá, atendiendo la Resolución 2362 de ese año; que el tiempo de no afiliación y pago de cotización al ISS fue de 561 semanas; que la empresa presenta mora en el pago de algunos periodos y otros fueron pagados de manera incompleta, como son: noviembre y diciembre de 1996, febrero y marzo de 2006, enero a diciembre de 2012 y lo que va corrido del año 2013; que los pagos incompletos corresponden a los meses de agosto de 1992, enero de 1995, octubre de 1996, enero de 1997, septiembre de 1999, diciembre de 2009 y mayo de 2009.

Indicó, que COLPENSIONES, para resolver la petición de pensión de vejez y expedir el reporte de semanas cotizadas no tuvo en cuenta el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en AGRÍCOLA EL RETIRO S. A., con omisión de afiliación al ISS, esto es, desde el 12 de septiembre de 1981 al 13 de agosto de 1992; que el 8 de febrero de 2002, satisfacía los requisitos para obtener la pensión de vejez; que con la respuesta que le dio la aseguradora, creyó que debía continuar cotizando al sistema para obtener la pensión de vejez; que mediante la Resolución GNR 287836 del 31 de octubre de 2013, ésta le niega la

prestación (f.° 1 a 4, del cuaderno principal).

AGRÍCOLA EL RETIRO S. A., se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó la vinculación laboral con la actora, el cargo desempeñado por esta, la fecha de nacimiento, la edad de 55 años cumplidos, que al 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, la fecha en que el ISS asumió los riesgos de IVM en la zona de Urabá y el intento de conciliación fallido; los restantes los negó (f.° 67 a 70, *ib*).

Propuso las excepciones de existencia de imposibilidad jurídica de la empleadora para cumplir la obligación de afiliación y cotización al seguro obligatorio de IVM, cobro de lo no debido, existencia de imposibilidad y/o fuerza mayor de la empleadora para cumplir la obligación de afiliación y cotización al seguro obligatorio de IVM, buena fe, prescripción y responsabilidad concurrente del Estado y del ISS con los trabajadores, sindicatos y grupos armados (f.° 83 a 87 *ibídem*).

En su defensa, sostuvo que no había lugar al pago del título pensional o cálculo actuarial en razón a que el ISS solo empezó a operar en la zona de Urabá en agosto de 1986, es decir, después de iniciada la relación de trabajo de la demandante, de allí que por el periodo anterior no existe obligación alguna a su cargo; que respecto al lapso comprendido entre agosto de 1986 y el 14 de agosto de 1992, hubo imposibilidad para ella de afiliar a los trabajadores a los riesgos de IVM, por la oposición ejercida por la

organización sindical y grupos armados al margen de la ley, que impidieron tal actuación.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES no contestó la demanda inicial (f.° 280, *ib*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Laboral del Circuito de Apartadó, el 21 de julio de 2014, resolvió:

> *PRIMERO: DECLARAR que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES está obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez a la señora DILSA INÉS BORJA.*
>
> *SEGUNDO: SE CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la señora DILSA INES BORJA el valor del retroactivo adeudado desde el 8 de febrero de 2002 y hasta el momento en que se realice efectivo.*
>
> *TERCERO: SE CONDENA A LA SOCIEDAD AGRÍCOLA EL RETIRO S. A. a pagar en el término de 4 meses contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, el valor del cálculo actuarial del respectivo título pensional efectuado por COLPENSIONES, so pena de las acciones de cobro coactivo que pueda iniciar COLPENSIONES el válidamente en su contra.*
>
> *CUARTO: Se condena a Colpensiones al pago de los intereses de mora, sobre el retroactivo adeudado, a partir del 27 de diciembre de 2002 y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo.*
>
> *QUINTO: Se condena en costas a las demandadas, a Colpensiones en un 80 % y Agrícola el Retiro S. A., en un 20 %. Se fijan agencias en derecho a cargo de las demandadas en la suma de $16.458.770,oo* (CD de f.° 290A, en relación con el acta de f.° 291 a 292, *ibídem*).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, el 3 de septiembre de 2014, falló:

> *SE MODIFICA el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo en el sentido de que la CONDENA a cargo de COLPENSIONES de pagar la pensión de vejez, será efectiva a partir de la fecha en que la señora DILSA INÉS BORJA, acredite la desafiliación al sistema, en lugar de la data allí consignada. En consecuencia, SE REVOCA la condena al pago del retroactivo pensional que se había deducido en primera instancia.*
>
> *SE MODIFICA el numeral tercero de la parte resolutiva en el sentido de que el valor del cálculo actuarial es el correspondiente al período comprendido entre el 12 de septiembre de 1981 al 14 de agosto de 1992, en lugar de los extremos indicados en la providencia.*
>
> *Por sustracción de materia, SE REVOCA el numeral cuarto de la parte resolutiva en cuanto condenó al pago de los intereses moratorios aplicados al retroactivo pensional.*
>
> *SE MODIFICA el numeral quinto de la parte resolutiva en el sentido de que las costas de primera instancia serán a cargo de las entidades demandadas por partes iguales y que como agencias en derecho se señala la suma de $2.464.000 a cargo de cada una de ellas.*
>
> *En los demás aspectos SE CONFIRMA el fallo impugnado.*

Manifestó, que en virtud del principio de consonancia, los temas que debía dilucidar era: *i)* si es procedente el reconocimiento del cálculo actuarial desde que se inició la relación laboral; *ii)* si se acreditaron los requisitos para acceder a la pensión de vejez por parte de la demandante y la fecha a partir de la cual se causa la misma; *iii)* si la afirmada imposibilidad en que estuvo la demandada de afiliar su trabajadora al ISS, la releva de pagar el cálculo actuarial y, *iv)* si la condena en costas a cargo de AGRÍCOLA EL RETIRO S. A. se encuentra ajustada a derecho.

En relación con el reconocimiento del cálculo actuarial, esto es, desde el inicio de la relación laboral, a partir de la fecha en la que el Juez de primera instancia lo reconoció: el 12 de septiembre de 1981 al 31 de julio de 1986, expuso que el reconocimiento del título pensional opera a favor de la entidad en la cual se encuentre afiliado el beneficiario con dicho título, para que se tenga en cuenta para efectos de obtener su derecho pensional; que se encontraba probado que la accionante se vinculó con AGRÍCOLA EL RETIRO S. A., el 12 de septiembre de 1981, como se desprendía del certificado expedido por la sociedad, obrante a «*folio 32*», momento para el cual tenía a su cargo el reconocimiento de la pensión, según el Código Sustantivo del Trabajo; que a partir del 1° de agosto de 1986, el empleador tenía la obligación de afiliar a la trabajadora al ISS, según el llamado que se hizo de afiliación, para así subrogar en ese instituto el riesgo de vejez, lo cual solo se hacía efectivo con la afiliación y, en caso de omisión, las prestaciones propias del riesgo, entre ellas la pensión, seguirían a su cargo.

Adujo, que en este entendido, debía permitirse al empleado sumar el tiempo de servicio a las semanas cotizadas que tenía antes de que la afiliación fuera obligatoria, a fin de acceder a una de las prestaciones que ofrece el régimen, como la pensión de vejez o jubilación, lo cual viene regulado por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, parágrafo 3°, literal c), aplicable a este caso, razón por la que es procedente la suma de tiempo de servicios corridos entre el 12 de septiembre de 1981 y el 31 de julio de 1986, porque

para entonces la prestación pensional estuvo a cargo del empleador.

Sostuvo, que al anterior tiempo se le sumará el que fuera reconocido en la sentencia de primera instancia, que fue el servido entre el 1° de agosto de 1986 al 14 de agosto de 1992, puesto que existiendo la obligación del empleador de afiliar a la demandante, con lo cual hubiera sido subrogado por el ISS en el riegos de vejez, no lo hizo; que asumir lo contrario vulneraría el derecho de la demandante a la seguridad social en pensiones; que la suma de ambos tiempos, corresponde a la relación laboral que esta había iniciado el 12 de septiembre de 1981 y estaba vigente para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, vínculo que permanece, ya que no se tiene evidencia de que haya finalizado, por lo que en el caso se cumple con los supuestos del parágrafo 1°, literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Adujo, que la procedencia de lo anterior, fue analizada por la Corte en sentencia CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 32922; que, en consecuencia, la demandada, debía emitir el bono pensional del período que va del 12 de septiembre de 1981 al 14 de agosto de 1992.

En cuanto al segundo punto, esto es, si se encuentran acreditados los requisitos para acceder a la pensión de vejez reclamada y la fecha a partir de la cual se causa la misma, adujo que, de acuerdo con el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, se tiene que el nuevo sistema de pensiones rigió a

partir del 1° de abril de 1994, sin embargo, conforme al régimen de transición del artículo 36 de la misma normativa, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de las personas que al momento de la entrada en vigencia del mismo, tuvieran 35 años de edad las mujeres o 40 años de edad los hombres o 15 o más años de servicio cotizados, sería la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; que, además, para quienes a la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, hubiesen cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación o de vejez, conforme a las normas anteriores, aun cuando se hubiere efectuado el reconocimiento, tendrán derecho a que se reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

Aseveró que, según el registro civil de nacimiento aportado con la demanda (f.° 31 del cuaderno de instancia), la actora nació el 8 de febrero de 1947, esto es, que para el 1° de abril de 1994, tenía más de 35 años de edad, lo que la hace beneficiaria al régimen de transición; que, como lo exige el Acto Legislativo 01 de 2005, teniendo en cuenta las semanas cotizadas al ISS y el título pensional reconocido, esta cumple con el requisito mínimo de las 750 semanas cotizadas, por lo que el régimen pensional al cual tiene derecho es el del Acuerdo 049 de 1990.

Razonó, que examinada la historia laboral (f.° 26 a 30 *ibídem*), la demandante cotizó entre el 14 de agosto de 1992 al 31 de diciembre de 2011, un total de 968,61 semanas,

tomando en cuenta las cotizaciones en mora, tiempo al cual se le ha de sumar el título pensional correspondiente al lapso laborado antes de la afiliación, que equivale a 562,27, para un total de 1560,88 semanas, por lo que cumple con el requisito de edad y semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez; que, en relación con la fecha desde la cual procede el reconocimiento de la prestación, no se evidencia que la actora, para la fecha de presentación de la demanda, se hubiera desafiliado del sistema, pues según se afirma en esta, se desempeñaba en el cargo de oficios varios (hecho 2, folio 2 *ib*), de modo que aunque tenga todos los requisitos para obtener la pensión y que la misma ya se causó, su disfrute solo sería efectivo a partir del momento en que se desafiliaría del régimen, tal como lo ordena el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 y lo ha dicho la Corte en sentencias del 24 de marzo de 2003 radicación 13.425 y del 13 de febrero de 2004, radicación 21049.

Manifestó que, conforme a lo anterior, no es procedente la condena a intereses moratorios; que en relación con el argumento de la empleadora, relativo a la imposibilidad de afiliar a la actora al fondo de pensiones, por la existencia de una fuerza mayor, tal imposibilidad la relevó de tener que asumir directamente la prestación pensional deprecada, pero no la excusa de concurrir con los aportes que debió hacer por el tiempo que tuvo la trabajadora a su servicio, sin afiliación, y también cuando la tuvo estando a su cargo la prestación, pues para construir este derecho, todo este tiempo debe sumarse; que es claro que la actora cuenta con un derecho

irrenunciable e imprescriptible, al tenor de los artículos 48 de la CN y 1° de la Ley 100 de 1993.

Precisó, que si bien fue un hecho notorio que la sociedad demandada no pudo afiliar a sus trabajadores a partir del 1° de agosto de 1986 ya que los sindicatos que los agrupaban impartieron la instrucción a sus asociados de no permitir dicha afiliación y de abstenerse de entregar los documentos que eran necesarios para ello, lo que puso a los empleadores en imposibilidad de atender el llamado que a la afiliación obligatoria hizo el ISS en la época reseñada, es claro que dicha circunstancia no es excusa para que una vez hecha las afiliaciones, el empleador no se hubiera puesto al día con las cotizaciones debidas.

Finalmente, en relación con las costas, consideró que estas obedecen a un criterio objetivo y no subjetivo, atendiendo además a las resultas del proceso, como lo tiene definido la jurisprudencia de la Corte en sentencias como la de julio 8 de 2008, radicación 32343; que, por ende, teniendo en cuenta las resultas del proceso y que se impusieron obligaciones de hacer, se impone la modificación de la condena en costas de primera instancia, las cuales quedaran a cargo de las accionadas por partes iguales (f.° 361 a 362 en relación con el CD obrante a folio 364, *ib*).

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la sociedad AGRÍCOLA EL RETIRO S. A., concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Sala case la sentencia de segundo grado y, en sede de instancia, revoque el primer proveído, absolviéndole de las pretensiones (f.° 7, cuaderno de casación).

Con tal propósito formula cuatro cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados por COLPENSIONES, los cuales se estudiarán así: en primer lugar y en forma conjunta los cargos primero y cuarto, toda vez que están dirigidos por la misma vía, se complementan entre sí y persiguen un mismo fin; luego los restantes ataques, en el orden propuesto.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de vulnerar directamente la ley sustancial, por infracción directa de los artículos 259 del CST, 6º del Decreto 2879 de 1985 y 60 del Decreto 3041 de 1966, aprobatorio del Acuerdo 224 de 1966, lo cual llevó al Tribunal

> *[…] a aplicar a una situación no regulada por ellos el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el 9º de la Ley 797 de 2003 y el 1º del*

Decreto 1887 de 1994, en relación con el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, el 13 de la Ley 171 de 1961, el 34 del Decreto 1611 de 1962, los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 2677 de 1971, los artículos 48 y 58 de la Constitución Nacional y el 16 del Código Sustantivo de Trabajo.

Sostiene, que el Tribunal consideró que la aplicación de los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 y 9º la Ley 797 de 2003 eran suficientes para colegir que por el hecho de haber recibido los servicios laborales de la accionante, antes del 23 de diciembre de 1993, tenía la obligación de entregarle a COLPENSIONES el valor de la reserva actuarial por todo el tiempo de servicios, con independencia del momento en el que el otrora ISS asumió el riego de vejez; que a la luz de los citados artículos y el 1º del Decreto 1887 de 1994, uno de los presupuestos legales para que se cause la «*posibilidad*» de entregarle al ISS la reserva actuarial, es que cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, el empleador tuviera a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión; que tal situación no se presentó frente a ella para el 22 de diciembre de 1993, pues ya se había subrogado en el ISS.

Reproduce el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y destaca que «*las condiciones podían ser diferentes para los trabajadores que llevaran menos de diez años de servicios cuando nacía la obligación para él y para su empleador de afiliación al riesgo de vejez*», situación que guarda correspondencia con el numeral 2º del artículo 259 del CST.

Expone, que cuando se hizo obligatoria la afiliación al ISS de la accionante, que lo fue el 1º de agosto de 1986, ésta llevaba trabajando menos de diez años y dejó de ser

destinataria de la pensión de jubilación a cargo de su empleador, quedando sometida a las disposiciones que regulaban la pensión de vejez; que, por consiguiente, como empleadora, dejó de tener a su cargo la pensión de jubilación, con lo que no es cierto, como lo dio por sentado el *ad quem,* que la accionada estuviera sujeta a las regulaciones del artículo 33 de la misma ley, ni del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, sobre la cuantificación de las semanas no cotizadas para calcular el valor de la pensión de vejez y la obligación de trasladar reservas actuariales.

Aduce, que ninguna de las normas laborales anteriores a la Ley 100 de 1993, le imponen a los empleadores la obligación de entregarle al ISS alguna suma de dinero por el tiempo transcurrido entre la celebración del contrato de trabajo y la fecha de llamamiento a afiliación al riesgo de vejez; que resulta acertado lo establecido en los artículos 33 de la nueva ley de seguridad social y 9º de la Ley 797 de 2003, respecto a que el traslado de la reserva actuarial al ISS se aplique para los trabajadores que se afiliaban a ese régimen para ese momento, porque los que ya estaban vinculados tenían resuelta su situación pensional.

Sostiene, que las reservas actuariales surgieron como una posibilidad de que los empleadores, que tuvieran a cargo la pensión de jubilación, trasladaran dicha obligación al ISS, mediante la figura de la conmutación y la entrega de esas reservas, pues así se hizo constar en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto 2677 de 1971; que, por consiguiente, no es cierto

que las empresas tuvieran que hacer reservas actuariales o aprovisionamientos para garantizar pensiones de trabajadores con menos de diez años de servicios; que tampoco es verdad que la Ley 90 de 1946 haya impuesto a los empleadores conformar reservas o aprovisionamientos, pues el artículo 76 de esa normativa se refiere a tiempos prestados con anterioridad, de modo que lo que puede colegirse, con alguna lógica, es que abrió la posibilidad de la conmutación para que los que, al 19 de diciembre de 1946, ya tuvieran obligaciones pensiónales, pudieran subrogarse.

Añade, que «*la señora Dilsa Inés Borja, desde el 1º de agosto de 1986 ha tenido acceso a todos los servicios y seguros prestados por la seguridad social y los ha disfrutado, en la medida en que ha querido hacerlo, en los términos establecidos por la ley*» (f.° 7 a 13 del cuaderno de casación).

VII. CARGO CUARTO

Acusa la sentencia de vulnerar directamente la ley sustancial, por infracción directa de los artículos 19 del CST y 2356 del CC, en relación con los artículos 1º de la Ley 95 de 1890 (64 del CC), 2° y 17 de la Ley 153 de 1887; violación que condujo a aplicar los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003) y el 57 del Decreto 1748 de 1995 «*a un período de tiempo de desafiliación no imputable a AGRÍCOLA EL RETIRO S. A.*»

Asevera, que el Tribunal admitió que no pudo afiliar a la actora en el riesgo de vejez del ISS hasta agosto de 1992,

por circunstancias constitutivas de fuerza mayor, consistentes en que antes del 1º de agosto de 1986, dicho instituto no había llamado a afiliaciones para ese riesgo, en la zona donde ésta trabajaba y que después de esa calenda se produjo el rechazo de los trabajadores, *«acolitados y azuzados por los sindicatos, y las amenazas de los grupos armados que allí reinaban, crearon una situación de alteración del orden público imposible de resistir y contrarrestar por los empleadores».*

Reflexiona, que pese a tener por aceptadas tales circunstancias, el Tribunal no aplicó los efectos propios de la fuerza mayor, como eximente de responsabilidad, pues le impuso la obligación de entregar una reserva actuarial con base en un período durante el cual subsistieron los impedimentos para la afiliación; que el Colegiado no se percató de que el CST no se ocupó del tema de los efectos de esa fuerza mayor y tampoco advirtió que con apoyo en el artículo 19 *ibídem,* debía «*buscar esos efectos en otras fuentes formales de derecho, como el Código Civil y los principios generales*»; que, de este modo, la segunda instancia habría encontrado apoyo en el artículo 2356 del CC, que dispone que cuando el daño no pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona, no puede ser condenada a repararlo, salvo que «*haya una norma de excepción que, interpretada restrictivamente, como tiene que ser, diga con toda claridad lo contrario*».

Manifiesta, que si el Tribunal hubiera «*consultando la doctrina y la jurisprudencia para buscar los principios*

generales del derecho», habría concluido que «*esas fuerzas mayores*» la exoneraban de responsabilidad, por no haber cumplido con la afiliación mientras duró la imposibilidad para hacerla, por cuanto nadie está obligado a lo imposible, y al tenor del artículo 1604 del CC, así como de la jurisprudencia, era forzoso colegir que la no afiliación de la demandante al ISS no podía atribuírsele, por lo cual, no se presentó una omisión en la afiliación, toda vez que nunca tuvo obligación de hacerlo; que «*no puede decirse que incurrió en la omisión de no afiliarlo durante el tiempo en que lo tuvo como trabajador y, entonces, tampoco tiene que entregar ninguna reserva actuarial».*

Afirma, que tampoco es cierto, como lo expresó el Juez Colegiado, que habría podido pagar las cotizaciones no causadas, dándole efecto retroactivo a la afiliación, por cuanto la cobertura del ISS sólo inició en la zona el 1º de agosto de 1986, aparte que en los reglamentos de esa entidad no estaba permitido tal proceder, como se desprende del artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990; que se debe tener en cuenta, que respecto a los trabajadores con menos de 10 años de servicios con un empleador, para el momento de la asunción del riesgo por parte el ISS, no existía ninguna obligación pensional por ese periodo, según lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 2879 de 1985, pues solamente a partir de los 10 años de servicios, surgían para el empleador obligaciones relacionadas con la pensión de jubilación.

Sostiene, a partir del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, que «*las condiciones de la transición de sistemas para los*

trabajadores que en el momento de la subrogación tengan menos de diez años de servicios con la entidad subrogada pueden ser completamente distintas a las que venían rigiendo en el sistema de seguridad patronal (pensión de jubilación) reemplazado por el sistema de seguridad social (pensión de vejez)», máxime que las meras expectativas no constituyen derecho respecto de la nueva ley.

Explica, que cuando el ISS expidió el Acuerdo 224 de 1966, no existía la obligación de efectuar cotizaciones por el tiempo anterior al momento en que operó la subrogación; que no es posible considerar que la omisión a que se refiere el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, incluye también los períodos de no afiliación por falta de cobertura del ISS en la respectiva región, por lo que concluye,

> *- Que antes de los diez años de servicios de un trabajador ningún patrono sometido a las normas que regulan la pensión de jubilación, tiene obligaciones relacionadas con esa prestación, de tal manera que no tiene que pagarle a nadie nada para que lo subrogue en obligaciones que no existen;*
>
> *- Que antes de que el sistema de seguridad social (pensión de vejez) reemplace el sistema de seguridad patronal (pensión de jubilación) la obligación de pagar cotizaciones o cuotas carece de causa: mientras no haya subrogación, no hay que pagar por ella.*
>
> *- Que los trabajadores con menos de diez años al servicio del empleador subrogado en el riesgo de jubilación por el ISS, no tienen el derecho a que el tiempo anterior a su afiliación sea tenido en cuenta como cotizado para calcular su pensión de vejez* (f.° 17 a 21 *ibídem*).

VIII. RÉPLICA

La opositora sostiene, fundamentalmente, que COLPENSIONES solo reconoce prestaciones siempre y

cuando la afiliada cumpla con las requisitos exigidos por la ley, por lo que precisa que la accionante no cumple con ellos, dado que ni siquiera es beneficiaria del régimen de transición, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 y no cuenta con las semanas requeridas para obtener el reconocimiento pensional, por lo que es impensable que asuma el pago de unos intereses moratorios, pues no se ha dado mora alguna (f.° 38 a 40, *ib*).

IX. CONSIDERACIONES

En los cargos que se deciden, la recurrente esencialmente discurre en torno a que, como empleadora de la accionante, no tiene a su cargo la obligación de cancelar el título pensional que le impuso el Juez de segundo grado, pues durante el período a que este corresponde, el ISS no tenía cobertura para el riesgo IVM en la zona de prestación del servicio por la trabajadora, esto es, la región de Urabá.

Al respecto, es oportuno recordar que mediante la Ley 90 de 1946, se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, luego ISS, hoy COLPENSIONES, y se estableció el seguro social obligatorio. Para ello se implementó un sistema gradual de cobertura según dicho Instituto lo fuera asumiendo, quedando a cargo de los empleadores el pago de la pensión de jubilación de los servidores que no ingresaran en el sistema; así se precisó en los artículos 72 y 76 de la misma ley.

En dicha normatividad se estipuló la carga de afiliación

para las empresas de los que «*[…] dispusieran los reglamentos, cumplir con la obligación de cotizar, junto con ellos y con el Estado y para los demás que no ingresaron, continuar cumpliendo con su obligación de reconocimiento directo de la pensión […]*», por lo que la aludida subrogación se daba sólo en el momento en que se hiciera el llamado general e individual de afiliación y se asumiera, por ende, la administración de aquellas por parte del Instituto de Seguros Sociales.

De ahí que, en principio, se consideró que el patrono, que omitiera afiliar al subordinado al sistema pensional antes de la entrada en vigencia del Decreto 2665 de 1988, debía pagar una indemnización por los perjuicios que con dicha conducta le hubiera podido ocasionar. Así mismo, se dijo que, si la falta de afiliación se producía después de la expedición de dicho decreto, aquél estaba en la obligación de reconocerle al servidor las prestaciones, en los mismos términos que lo hubiera cubierto el ISS, de haberlo afiliado.

Paralelamente, en sentencia de la CSJ SL, 18 abr. 1996, rad. 8453, la Corte ciertamente sostuvo que no era responsabilidad de los empleadores la no afiliación de sus trabajadores durante la época en que el Instituto de Seguros Sociales no había asumido la cobertura de los riesgos de IVM, en los municipios en los que dichos servidores laboraban, pues se entendía que la obligación del ISS de pagar por los riesgos de invalidez, vejez y muerte empezaba en el momento mismo en que los asumía, vale decir, cuando se iniciaba la cobertura de tales riesgos en las zonas geográficas del

territorio.

No obstante, en decisión mayoritaria CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 32922, la Corporación varió su posición y estimó que cuando existiere falta de cobertura del sistema general de pensiones en determinado territorio, se hacía necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, entendidos como todos aquellos en que se prestó el servicio sin que se efectuaran aportaciones a una entidad de seguridad social, fueran *«habilitados»,* a través de cálculos actuariales o títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de pagos exigida por la ley.

Sin embargo, a través de la sentencia CSJ SL, 10 jul. 2012, rad. 39914, la Sala volvió a reexaminar el tema, reevaluó la anterior tesis y afirmó que no se le podía atribuir al empleador el pago de cotizaciones al ISS durante un lapso en el que no existió cobertura legal en determinado espacio geográfico, dado que no tenía la obligación de afiliarlo a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lo que se traducía, *«en un hecho no imputable a aquél»*.

Empero, en la sentencia CSJ SL9856-2014, la Sala procedió a consolidar el nuevo y actual criterio, pues, como quedó expuesto, se habían presentado diversos discernimientos al respecto, que lograban ofrecer cierta confusión en torno al tema.

Así, se decidió eliminar totalmente la inmunidad que se

otorgaba al empleador que no afiliaba a su trabajador al sistema de seguridad social, por falta de cobertura en un determinado lugar y se estableció que, en los lapsos de no afiliación, los empleadores, a pesar de que no actuaran de manera negligente, debían asumir el riesgo pensional frente a sus trabajadores, pues respecto de ellos se mantenían determinadas obligaciones y responsabilidades.

En este punto, como lo ha asentado la jurisprudencia, resulta importante memorar lo dicho en sentencia CSJ SL17300-2014, en el sentido que:

> *Sin embargo, a juicio de esta Corte el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no traduce, como lo afirma la empresa, en la total ausencia de responsabilidades ni obligaciones por los períodos efectivamente trabajados por el empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la exegesis del 1613 del Código Civil, porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.*
>
> *El artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que*

se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al empleador de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, relacionadas con las prestaciones del trabajador.

En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.

Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.

Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo 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 desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustre ese mismo derecho.

El patrono, por tanto, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía.

Por demás, la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede tener tan drástica repercusión frente a derechos sociales y, si bien podría oponerse la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador, principios y valores de orden superior deben prevalecer en casos como el presente.

El citado criterio de la Corte se ha extendido hasta tal punto, que se le ha reconocido al trabajador el derecho de

recuperar esos tiempos no cotizados, sin importar la razón que tuvo el empleador para dejarlo de afiliar. Así, dicha solución se emplea en los eventos en que la ausencia de afiliación se hubiera dado por falta de cobertura del sistema de seguridad social, por omisión pura y simple del empleador, por la creencia del empleador de no encontrarse regido por una relación laboral, e independientemente de si el contrato de trabajo se encontraba vigente o no cuando entró a regir la Ley 100 de 1993. Todo ello, en apoyo de la evolución de la normatividad reflejada en disposiciones como el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 (sentencia CSJ SL939-2019), los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 y, así mismo, con base en los principios de la seguridad social, tales como la universalidad, unidad e integralidad «*que velan por la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores [...] a través de un sistema único, articulado y coherente, que propende por eliminar la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad*».

Conforme al anterior recuento jurisprudencial y acorde con el criterio actual de la Corte, el sentenciador de alzada no pudo incurrir en ninguno de los yerros jurídicos enrostrados en los cargos examinados, pues, se itera, a partir de la sentencia CSJ SL, 16 jul. 2014, rad. 41745, esta Corporación adoptó la postura de 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,

como también al margen que tuvieran o no su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación, para cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Incluso, frente los puntuales cuestionamientos planteados en los dos cargos, se tiene lo siguiente:

-De la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

a) Siguiendo la anterior línea jurisprudencial, la Sala, en la sentencia CSJ SL4072-2017, que corresponde a un caso de similares contornos al que aquí se estudia, en el que el Tribunal tuvo por acreditada la imposibilidad del empleador de afiliar a sus trabajadores al ISS, expuso lo siguiente:

> *En ese sentido, no se equivocó el Tribunal al concluir que si bien el empleador se encontró en imposibilidad de afiliación -teniendo en cuenta que hasta el 1° de agosto de 1986 no existió cobertura del ISS en el municipio de Apartadó, y que los trabajadores a través del sindicato impidieron la afiliación a los riesgos de IVM hasta el 1° de marzo de 1994-, lo cierto es que no se desliga de sus obligaciones frente al sistema de seguridad social, de manera que aún conserva ciertas responsabilidades en torno a la financiación de la pensión, a través de la emisión de un cálculo actuarial.*
>
> *En esa medida no es cierto, como lo alude el recurrente que las omisiones de afiliación que dan lugar a la emisión del título pensional, son aquellas que aunque obligatorias, resultan imputables al empleador, por culpa o negligencia, pues la jurisprudencia de esta Corte ha evolucionado hasta encontrar una solución común a las hipótesis de omisión en la afiliación al sistema de pensiones, se itera, guiada por las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, que no se aleja diametralmente de la que sostiene frente a situaciones de mora en el pago de aportes, pues, en este caso, se mantiene la misma línea de principio de que las entidades de seguridad social siguen a cargo del reconocimiento de las prestaciones.*

Bajo esa orientación, la Sala reitera que ante la hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, sea por culpa o no del empleador, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos a satisfacción de la respectiva entidad, tal y como lo concluyó el juzgador de segundo grado.

b) La anterior postura fue reiterada en la sentencia CSJ SL19556-2017, dentro de un proceso seguido contra la sociedad recurrente, en la cual se indicó lo siguiente:

En efecto, aunque pudiera admitirse que el empleador no tuvo culpa alguna en el incumplimiento de la afiliación, lo cierto es que, como lo tiene sentado la jurisprudencia de esta sala, los deberes y responsabilidades derivados del sistema de seguridad social tienen una especial naturaleza jurídica, encaminada a la protección del trabajo y del individuo, de manera que la obligación del empleador de asumir el pago de las prestaciones, en estos especiales eventos de falta de afiliación, no debe entenderse derivada del tradicional concepto de responsabilidad por culpa o negligencia, sino de los efectos del trabajo humano y de la irrenunciabilidad de los beneficios derivados del mismo.

En ese sentido, si bien en condiciones normales, bajo el tradicional derecho de las obligaciones, no podría responsabilizarse al empleador por los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento del deber de afiliación, por razones ajenas a su voluntad, lo cierto es que, se repite, la naturaleza jurídica de las obligaciones derivadas de la seguridad social es diferente y supera la de las simples obligaciones civiles y comerciales o del concepto de daño y reparación, de manera que no es posible admitir de manera pura y simple que el empleador, en estos especiales eventos, se libera de cualquier responsabilidad y que el trabajador pierde los efectos de su trabajo, las semanas de cotización o las prestaciones que le corresponden.

En este contexto, a partir de principios como la dignidad humana, la solidaridad, la seguridad y la protección social, la sola relación de trabajo tiene la fuerza jurídica necesaria para fundar y justificar la obligación del empleador de asumir las prestaciones de la seguridad social o de concurrir a su financiación, como un corolario natural del trabajo.

En ese orden de ideas, es claro que la fuerza mayor no puede invocarse como eximente de responsabilidad en el

caso en que la sociedad no afilió a su trabajadora al ISS, pues tal situación, ya sea por falta de cobertura del ISS o por impedimentos en la afiliación por situaciones derivadas de actuaciones de terceros, no implica, de modo alguno, que dicho trabajador pierda las semanas laboradas para efectos pensionales, toda vez que la empleadora conserva las responsabilidades pensionales derivadas del vínculo de trabajo; por tanto, el sentenciador de alzada no infringió las normas a que aludió el censor en la proposición jurídica de los ataques.

-Sobre que la sociedad demandada no era un empleador que tuviera a su cargo el reconocimiento de la pensión.

En este punto en particular si bien, como lo dice el censor, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, consagró en su aparte pertinente que,

> *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta: […] c). El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente Ley.*

De allí que, en correspondencia con tal disposición, el artículo 1° del Decreto 1887 de 1994, señaló lo siguiente:

> *Campo de aplicación. El presente Decreto establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus*

> *trabajadores que seleccionen el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993* (Subraya fuera de texto).

Lo cierto es que el correcto entendimiento del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es el expuesto en la sentencia CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 40250, en la cual se explicó que cuando se hacía referencia a empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, comprendía aquellos que tuvieran un deber pensional, entre otras razones, por no haber afiliado o no cumplir oportuna y suficientemente con el deber de cotizar.

En efecto, en esa providencia, la Corporación decantó lo siguiente:

> *Los empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, tomando un aparte de la literalidad del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, son aquellos que frente al actor tienen un deber pensional, porque no fueron subrogados totalmente por una administradora de pensiones, ora porque no se afilió el trabajador al sistema, ora se hizo luego de diez años de servicios, ora no se cumplió oportuna y suficientemente con el deber de cotizar*

Aunado a lo anterior, la limitante a que alude el censor también fue superada desde el plano normativo, pues con la entrada en vigencia del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el referido artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se estableció, entre otros aspectos, en el literal d), que para efectos del cómputo de las semanas se tendría en cuenta también «*El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador*».

Conforme a lo expuesto, tal normativa amplió el campo de aplicación para efectos de los tiempos a contabilizar y lo hizo de forma pura y simple, pues no puso como condición que la relación laboral se encontrara vigente al 23 de diciembre de 1993, ni tampoco que el empleador tuviera a su cargo la pensión, que eran las limitantes existentes en la hipótesis prevista en el literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la citada Ley 100 de 1993.

Es decir, que con la modificación introducida por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, lo que se hizo fue adecuar al régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993, en particular las exigencias para poder computar los tiempos laborados por el trabajador para un empleador que fue omiso en su deber de afiliación al régimen de pensiones, en cualquier época, situación que incluso guarda correspondencia con lo previsto que en el inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003.

A lo anterior se suma que, respecto de las disposiciones que regulan los efectos de la omisión en la afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del derecho, la Corte tiene dicho que son las vigentes al momento del cumplimiento de los requisitos para obtener el derecho pensional, independientemente de que las diferentes situaciones se presenten con anterioridad a la vigencia de la ley (CSJ SL2731-2015).

En ese orden de ideas, sin que sea necesario verificar si,

en efecto, como lo sostiene la censura, la empleadora se había subrogado en el riesgo desde el año 1986 y, por tanto, para el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, no tenía a su cargo el reconocimiento de la pensión en los precisos términos del artículo 33 *ibídem* en su versión original, lo cierto es que esa situación no la exime del pago del título pensional.

Ante ello es oportuno traer a colación la decisión CSJ SL2138-2016, en la cual se indicó:

> *[…] desde el punto de vista jurídico, la Corte ha precisado que los riesgos pensionales en cabeza del empleador solo cesan con la subrogación a la respectiva entidad de seguridad social, de manera que los tiempos de servicios no cotizados, por falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, no pueden ser desconocidos y el empleador conserva una responsabilidad financiera respecto de los mismos, que se traduce en el pago de un cálculo actuarial. En la sentencia CSJ SL17300-2014 se explicó al respecto:*
>
> *En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.*
>
> *Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.*
>
> *Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo 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 desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho*

a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustre ese mismo derecho.

El patrono, por tanto, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía.

En ese sentido, se repite, por los tiempos en que no se efectuaron las cotizaciones, por falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, el empleador conservaba responsabilidades pensionales que permitían encuadrarlo dentro de las premisas del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

En segundo lugar, desde el punto de vista fáctico, propio del segundo cargo, si bien es cierto que en un proceso judicial anterior se descartó que el empleador tuviera a su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación, eso no impedía que se concluyera, como lo hizo el Tribunal, que, en todo caso, conservaba obligaciones pensionales que se traducían en la emisión de un cálculo actuarial. Precisamente, la evolución de la jurisprudencia que se mencionó en líneas anteriores ha tendido a establecer que en lugar del reconocimiento de la pensión a cargo del empleador, por períodos de no afiliación, la solución más acorde a los principios y finalidades del sistema de seguridad social es el pago de los tiempos omitidos, a través de cálculos actuariales.

Así las cosas, no tendría relevancia alguna el desconocimiento de los medios de convicción que menciona el recurrente, esto es, la demanda inicial, las sentencias de primera y segunda instancia emitidas en el proceso anterior en el que se le absolvió a la Federación del pago de la pensión de jubilación, pues, además de que la prestación pensional que aquí se cuestiona es la de vejez y no la de jubilación, se insiste, el hecho de que la Federación no tenga a su cargo la pensión de jubilación no lo exime de otras cargas pensionales, como la de contribuir para la financiación de la prestación pensional por el tiempo efectivamente laborado por el trabajador.

Lo dicho es suficiente para concluir que el Tribunal, al tenor de lo expuesto por la Sala en casos similares, no incurrió en los yerros de orden jurídico denunciados en los cargos y, por ende, los mismos no prosperan.

X. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia por vulnerar directamente la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 33 y 288 *ibídem* y 9° de la Ley 797 de 2003, *«que lo llevó a dejar de aplicar los artículos 12, 13, 16, 20 y 21 del Acuerdo del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios N.º 049 de 1990 (Aprobado por el Decreto 758 de 1990), siendo los que venían al caso, y a aplicar, sin ser pertinentes, los artículos l9 y 29 del Decreto 1887 de 1994».*

Aduce, que no discute los aspectos fácticos que tuvo por acreditados el *ad quem*, en particular, que la actora nació el 8 de febrero de 1947; que es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que fue afiliada al ISS en vigencia del Acuerdo 049 de 1990; que en ninguno de los pasajes de la primera norma, el legislador consagró que para calcular el monto de la pensión de vejez a cargo del ISS, se tendría en cuenta el tiempo de servicios con empleadores del sector privado, anteriores a la afiliación al sistema de seguridad social.

Arguye, que el único periodo anterior de servicios que se contabiliza, es aquel que tiene como finalidad «*modelar el esquema de pensiones "jubilación-vejez" en el caso de que el trabajador tuviera diez años o más de servicios al momento de hacerse obligatoria la afiliación al riesgo de vejez, caso en el cual el empleador, sin tener que pagar ninguna reserva actuarial, asumía la pensión de jubilación que se causara*» y cotizará hasta cuando el jubilado adquiere el derecho a la

prestación, momento a partir del cual cancela la diferencia entre la pensión de jubilación y la de vejez, en caso de existir.

Expone, que en razón a que el régimen aplicable a la actora es el del Acuerdo 049 de 1990, es claro que para calcular el «*monto de las pensiones […] no había norma que obligara a los empleadores a trasladarle al Seguro Social reserva actuarial alguna»,* en razón a que los artículos 12 y 13 del citado Acuerdo 049 de 1990 prevén que para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado requiere tener «*un número mínimo de semanas efectivamente cotizadas*», con las cuales, a su vez, se calcula el monto de la prestación, en los términos de los artículos 20 y 21 *ibídem,* sin que exista «*otra fuente de recursos para calcular el monto de las pensiones de vejez».*

Manifiesta, que la «*reserva actuarial*» es una creación de la Ley 100 de 1993 en favor, entre otros, de las personas «*que no estaban en el régimen de transición o renunciaban a él para obtener todas las garantías de la nueva ley*», tal como lo permite el artículo 288 *ibídem*; que, sin embargo, la demandante no optó por la aplicación plena de la citada ley, pues, todo lo contrario, en su demanda siempre hizo hincapié en que era beneficiaria del régimen de transición; que si el Tribunal:

> *[…] hubiera entendido adecuadamente que, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el número de semanas de cotización y la conformación del monto de la pensión de vejez de la actora era enteramente el del régimen al que estaba afiliada antes de que esa ley entrara en vigencia, se había ocupado de estudiar los artículos 12, 13, 16, 20 y 21 del Acuerdo del ISS 049 de 1990 (Dto. 758/ 90), y al encontrar que en ninguno de ellos tenía*

cabida la reserva actuarial de la que hablan el artículo 33 de la Ley 100 (modificado por el 9° de la Ley 797 de 2003) y los artículos 1º y 2º del Decreto 1887 de 1994 como elemento adicional para calcular el monto de la pensión de vejez bajo análisis, habría tenido que revocar las condenas impuestas en primera instancia contra Agrícola El Retiro S. A. y absolverla de todo cargo (f.° 13 a 15 *ibídem*).

XI. RÉPLICA

COLPENSIONES, utiliza los mismos argumentos expuestos para enfrentar el cargo anterior (f.° 38 a 40, *ib*).

XII. CONSIDERACIONES

La temática que somete la impugnante a consideración de la Sala, apunta a determinar si el Tribunal se equivocó en la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al razonar que bajo el régimen de transición que allí se establece, es posible contabilizar los tiempos en los que la sociedad empleadora no efectuó las respectivas cotizaciones al sistema de pensiones, a efectos de aplicar el Acuerdo 049 de 1990, pese a que ésta última normativa solo permite computar las semanas que efectivamente fueron cotizadas, condición que no cumplen los tiempos que se convalidan en virtud de un pago de un título pensional o calculó actuarial.

Dicha problemática ya ha sido objeto de examen por la Sala en múltiples pronunciamientos, en los que definió que es posible acumular tiempos correspondientes a periodos cuya afiliación es omitida por el empleador, a través de cálculo actuarial, a los beneficiarios del régimen de transición, pues no existe motivo alguno para excluir tales

respecto de aquellas pensiones que se otorgan en virtud de los beneficios contemplados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Dicho en otras palabras, sí es posible recuperar los tiempos en los que los empleadores omitieron realizar las respectivas cotizaciones al sistema de pensiones, a través de un cálculo actuarial, en tratándose de los beneficiarios del régimen de transición, sea cual fuere la causa de la omisión, lo cual significa que es viable tener esos periodos como efectivamente cotizados o sufragados, por efecto del pago del cálculo actuarial y, a su vez, aplicar para el caso el Acuerdo 049 de 1990, con amparo en el régimen de transición.

Al efecto, resulta oportuno rememorar lo expuesto en la providencia CSJ SL2912-2019, en la cual se aludió a lo dicho en la decisión CSJ SL051-2018, según la cual:

> *[…] no existe ninguna razón para entender que las previsiones contenidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, únicamente resultan aplicables tratándose de pensiones contempladas por esa misma disposición.*
>
> *Lo anterior teniendo en cuenta que: (i) la garantía del régimen de transición es un beneficio que permite obtener una pensión con el tiempo, la edad y el monto de regímenes pensionales anteriores, pero que, en todo lo demás, debe regirse por las disposiciones de la Ley 100 de 1993; (ii) con la admisión del cálculo actuarial previsto por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 respecto de una pensión regulada por el Acuerdo 049 de 1990, no se desconoce la filosofía de este, ya que no se alteran las condiciones de tiempo o semanas que allí se requieren, pues simplemente supone un remedio a una falta de afiliación; (iii) reducir los beneficios de la acumulación de tiempos cuya afiliación omitió el empleador, a las nuevas prestaciones de la Ley 100 de 1993, implica seguirle trasladando al trabajador las consecuencias de las omisiones de su empleador, de manera injustificada, y, tras ello, un retroceso en el entendimiento de los principios de la seguridad social de universalidad, unidad e integralidad, que velan por la protección*

de las contingencias que afectan a todos los trabajadores y, (iv) no es dable hacer diferenciaciones contrarias al principio de igualdad entre los afiliados, de lo cual no es admisible concebir que la convalidación de tiempos por periodos cuya afiliación fue omitida, solo frente a quienes se pensionan con la plenitud de condiciones de la Ley 100 de 1993, y no frente a quienes son beneficiarios del régimen de transición.

Para ello la Sala explicó:

A lo anterior cabe añadir que para la Sala no es admisible una lectura limitada del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que impida la posibilidad de acumular tiempos correspondientes a periodos cuya afiliación es omitida por el empleador, a través de cálculo actuarial, a los beneficiarios del régimen de transición, por pensarse que dicha posibilidad está restringida a pensiones reguladas exclusivamente por esa norma.

Son varias las razones que conducen a entender que el deber de la administradora de pensiones de acumular los tiempos servidos y no cotizados, por falta de afiliación del trabajador, junto con la obligación del empleador de pagarlos a través de cálculo actuarial, resulta plenamente compatible con las pensiones del régimen de transición.

En primer término, porque la garantía del régimen de transición, adecuadamente comprendida, es un beneficio destinado a ciertos afiliados, que les permite obtener una pensión con el tiempo, la edad y el monto concebidos en regímenes pensionales anteriores, pero que, en todo lo demás, debe regirse por las disposiciones de la Ley 100 de 1993. En ese sentido, es sumamente claro el artículo 36 de la referida norma al prevenir que «[l]as demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley».

Siendo lo anterior de esa manera, la correcta lectura del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 debe ser sistemática y comprensiva de las reglas especiales definidas en el artículo 36 de la misma ley, de manera que dentro de esas «demás condiciones y requisitos», aplicables a las prestaciones del régimen de transición, debe entenderse incluida la posibilidad de recuperar los tiempos no cotizados, específicamente por alguna omisión en la afiliación del empleador.

Esa orientación no pervierte, en manera alguna, la filosofía de los regímenes anteriores que se pretenden aplicar, como en este caso el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, ni altera las condiciones de tiempo o semanas que allí se requieren, pues simplemente supone un remedio a una falta de afiliación, que en condiciones normales debió haberse generado, por obligación del empleador, de manera que no se trata de permitir la suma

tiempos públicos o servicios no cotizados, que la Sala ha negado consistentemente (CSJ SL2208-2016, CSJ SL16810-2016, CSJ SL8302-2017, entre otros), sino que, por efecto del pago del cálculo actuarial y el restablecimiento de las semanas omitidas, resulta diáfano que lo que se sigue sumando son semanas sufragadas efectivamente al Instituto de Seguros Sociales, con pleno respeto de la integridad del respectivo régimen.

De otro lado, para la Sala no es lógico reducir los beneficios de la acumulación de tiempos cuya afiliación omitió el empleador, a las nuevas prestaciones de la Ley 100 de 1993, pues son precisamente los beneficiarios del régimen de transición, por su condición de trabajadores con servicios prestados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes están más expuestos a enfrentar problemas de falta de afiliación, debido a la dispersión de regímenes, de obligaciones y de responsables que existía con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del sistema integral de seguridad social.

En la misma dirección, para la Sala, una intelección de tales contornos implica seguirle trasladando al trabajador las consecuencias de las omisiones de su empleador, de manera injustificada, y, tras ello, un retroceso en el entendimiento de los principios de la seguridad social de universalidad, unidad e integralidad, que velan por la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores, en el sentido amplio del término, a través de un sistema único, articulado y coherente, que propende por eliminar la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad (ver CSJ SL14388-2015).

Por todo lo dicho, para la Sala, en este tema no es dable hacer diferenciaciones inoportunas y contrarias al principio de igualdad, de manera que no es admisible concebir que la convalidación de tiempos, por periodos cuya afiliación fue omitida, solo es aplicable a unos afiliados, que se pensionan con la plenitud de condiciones de la Ley 100 de 1993, y no a quienes son beneficiarios del régimen de transición.

Por lo demás, esta sala de la Corte ya había autorizado la aplicación del parágrafo 1) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para recuperar tiempos omitidos por el empleador, a beneficiarios del régimen de transición, como en la sentencia CSJ SL16715-2014, de manera que la lectura que aquí reitera la Sala no es ajena a la orientación de la jurisprudencia que ha desarrollado esta corporación en torno al tema. Igual puede predicarse de la jurisprudencia constitucional, en la que se han adoptado planteamientos similares con respecto a beneficiarios del régimen de transición, a través de las sentencias T 164 de 2013 y T 014 de 2016.

En ese sentido, como el actor reunía los requisitos para obtener la

pensión de vejez, teniendo en cuenta el tiempo omitido por el empleador, se confirmará la condena por pensión de vejez en cabeza del Instituto de Seguros Sociales, contenida en el numeral primero de la decisión apelada.

Por lo mismo, ante el hecho incontrovertible de que la Sociedad de Fabricación de Automotores – Sofasa S. A. – incumplió con la afiliación del actor al sistema de pensiones entre el 21 de septiembre de 1982 y el 31 de mayo de 1983, se revocará el numeral segundo de la sentencia apelada, que había absuelto a la referida sociedad de las pretensiones de la demanda, para en su lugar condenarla a trasladar un cálculo actuarial, con destino al Instituto de Seguros Sociales, por el valor de las cotizaciones dejadas de pagar (Subrayado fuera del texto original).

Siguiendo lo anterior, es claro que no se presentó desatino alguno por parte del Juez colegiado al ordenarle al empleador, respecto de tiempos laborados por la trabajadora, el traslado del cálculo actuarial correspondiente a la entidad de seguridad social, para que se tengan como efectivamente cotizados para el reconocimiento de su derecho pensional, pues ello resulta posible bajo diferentes normativas y, específicamente, para el caso presente, se aplica frente al Acuerdo 049 de 1990, en virtud del régimen de transición.

En consecuencia, el cargo no prospera.

XIII. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia por violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, y del artículo 5º del Decreto 813 de 1994, en relación con los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, 1556 y 1558 del CC.

Argumenta, que solo discute «*la facultad que se arrogó*

el H. Tribunal, para, frente a una obligación alternativa, escoger la entrega de la reserva actuarial cuando la ley prevé que el empleador puede abstenerse de hacerlo si quiere asumir otras consecuencias»; que los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión o parte de ella, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, podían liberarse de esa carga trasladándole al ISS una reserva actuarial liquidada por esa misma entidad o no entregar la reserva y «*seguir con sus cargas*», es decir, se está en presencia de un caso de obligaciones alternativas, en el cual el deudor puede elegir cuál asumir; que los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 y el 9º de la Ley 797 de 2003, no imponen a los empleadores que se encuentren en las condiciones allí descritas, la obligación de trasladar la reserva o emitir un título pensional, en razón a que pueden no hacerlo y, en este último caso, *«el empleador sigue asumiendo la parte que le corresponda»;* que, desde el inciso tercero del literal a) del artículo 5º del Decreto 813 de 1994, si el Tribunal hubiera tenido en cuenta los artículos 1556 y 1558 del CC, habría encontrado que no existía sustento suficiente para imponerle a la obligación de entregar la reserva actuarial, pues es la demandada quien tiene la potestad de elegir tal pago o cancelar la parte de la pensión que le corresponda, aunado a que tampoco podía condenarla a asumir las «*obligaciones pensiónales que se derivaran en su contra*», porque en la demanda no se menciona esta posibilidad (f.° 15 a 17 *ib*).

XIV. RÉPLICA

Insiste en los argumentos de oposición a los cargos

anteriores (f.° 38 a 40, *ibídem*).

XV. CONSIDERACIONES

La censura expone que el Tribunal incurrió en la interpretación errónea de las disposiciones que enlista en la proposición jurídica, por cuanto, a su juicio, el artículo 5º del Decreto 813 de 1994, le otorga al empleador la posibilidad de elegir entre dos obligaciones a saber, la primera, asumir el valor del cálculo actuarial o, en su defecto, el pago de la pensión a su cargo; potestad desconocida por el *ad quem*, quien le impuso la carga de cancelar el cálculo actuarial.

La tesis que propone la acusación, ya ha sido objeto de examen por la Sala en múltiples pronunciamientos, en los que ha definido que el citado artículo 5º del Decreto 813 de 1994, no consagra la obligación alternativa a que se alude, puesto que lo que allí se dispone «es *una consecuencia ante el no pago de lo primero, pero no establece tal potestad en cabeza del obligado*» (CSJ SL3937-2018). Así mismo, en la sentencia CSJ SL5535-2018, se manifestó lo siguiente:

> *[…]*
>
> *En relación con el segundo planteo, debe precisar la Sala que en efecto el Decreto 813 de 1994 es una norma reglamentaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*
>
> *Así se colige del artículo 1.° que desarrolla su ámbito de aplicación; del 2.°, 3.° y 4.° que reitera los requisitos que trae el precepto reglamentado para que sus destinatarios se beneficien del régimen anterior, cuáles son sus prerrogativas y en que eventos se pierde, y el artículo 5.° modificado por el 2.° del Decreto 1160 de 1994, que fija las reglas del régimen transición de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que*

tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones.

Igualmente, es pertinente agregar que la convalidación de tiempos prevista en el inciso 3.° del literal a) del artículo 5.° del Decreto 813 de 1994, se consagra para aquellos eventos en que opere la compartibilidad pensional, pues la norma aludida presupone el reconocimiento de una pensión de jubilación a cargo del empleador privado y su obligación de cotizar al ISS hasta que el trabajador cumpla los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, momento a partir del cual dicha entidad procederá a cubrir la prestación siempre y cuando el empleador sitúe mediante cálculo actuarial aquellos valores que reflejan el tiempo servido sin cotización con anterioridad al 1.° de abril de 1994.

Bajo esa óptica, advierte la Sala que no es de recibo el argumento de la censura, según el cual el Tribunal incurrió en yerro jurídico al imponerle la carga de sufragar el título pensional cuando podía optar entre este o continuar con las obligaciones a su cargo pues, como quedó visto, el aparte normativo citado en precedencia hace alusión a aquellos eventos en los que procede la compartibilidad pensional, situación que no acontece en el plenario por cuanto el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación no se encuentra a cargo del empleador, en razón a que, se itera, este solamente debe responder por los tiempos de no afiliación por falta de cobertura, por haber mantenido en cabeza suya el riesgo pensional de Casas Sánchez.

Siguiendo las directrices anteriores, es claro que no se presentó desatino alguno por parte del Juez colegiado al imponerle a la demandada la obligación de cancelar el título pensional, máxime que la Sala ha considerado como respuesta más adecuada a los intereses de los trabajadores, que las entidades de seguridad social tengan en cuenta el tiempo servido, como efectivamente cotizado, y el empleador pague el cálculo actuarial, por los periodos omitidos, en perspectiva que de esta manera se reconoce el trabajo y a la vez no se afecta la estabilidad económica del sistema.

En ese sentido, en la sentencia CSJ SL14388-2015, la Corte señaló:

[…] Ahora bien, aquí y ahora, para la Corte resulta preciso reivindicar la mencionada orientación y evolución en su jurisprudencia, pues el mencionado traslado de responsabilidades entre entidades de la seguridad social – para pago de las pensiones - y empleadores – para pago de cálculos actuariales -, es el que resulta más adecuado a los intereses de los afiliados y el más acoplado a los objetivos y principios del sistema de seguridad social.

Así lo sostiene la Corte porque, en primer término, la referida doctrina encuentra pleno apoyo en la evolución de la normatividad reflejada en disposiciones como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003. Asimismo, se acopla perfectamente a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad e integralidad, que velan por la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores, en el sentido amplio del término, a través de un sistema único, articulado y coherente, que propende por eliminar la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad.

Por otra parte, para la Corte la solución a situaciones de omisión en la afiliación que se ha venido reseñando resulta eficiente, pues reconoce prioritariamente el trabajo del afiliado, como base de la cotización, a la vez que garantiza el reconocimiento oportuno de las prestaciones, sin resquebrajar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores, con instrumentos como el cálculo actuarial y herramientas de coacción como las que tienen legalmente las entidades de seguridad social.

De igual forma, para la Corte, esta orientación es la respuesta más adecuada a los intereses de los afiliados, pues se les garantiza el pago de sus prestaciones a través de entidades del sistema de seguridad social, que tienen una mayor solidez financiera, vocación de permanencia y estabilidad, a la vez que una menor volatilidad que la que pueden tener determinadas empresas.

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social (Subrayado fuera del texto).

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

No se impondrán costas, porque a pesar de que el ISS, hoy COLPENSIONES, presentó un escrito dentro del término de traslado de la casación, su contenido no constituye una oposición al alcance de la impugnación.

XVI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, el tres (3) de septiembre de dos mil catorce (2014), en el proceso ordinario laboral y de seguridad social que promovió **DILSA INÉS BORJA** contra la sociedad **AGRÍCOLA EL RETIRO S. A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

Costas como se indicó en la considerativa.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO

CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA

CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO