



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral  
Sala de Descongestión N.º 1



**DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA**

**Magistrada ponente**

**SL153-2020**

**Radicación n.º 75646**

**Acta 02**

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veinte (2020).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por **AGRÍCOLA SARA PALMA S.A.** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia, el 20 de abril de 2016, en el proceso ordinario laboral que instauraron **JOSÉ CABRERA MOSQUERA** contra la recurrente, trámite al que se vinculó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES- COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

## I. ANTECEDENTES

José Cabrera Mosquera instauró demanda ordinaria laboral contra Agrícola Sara Palma S.A., con el fin de que se declare que celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad demandada el 18 de agosto de 1989, el cual, a la fecha de presentación de la demanda se encontraba vigente y, como consecuencia de ello, se condene a emitir un bono pensional a favor del fondo privado Citicolfondos, desde el 18 de agosto de 1989 hasta el 30 de septiembre de 1994, fecha en que aparece inscrito en el sistema; a las costas y las agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que empezó a laborar al servicio de la demandada en la finca El Retorno, ubicada en el Municipio de Turbo (Antioquía) desde el 18 de agosto de 1989, ocupando el cargo de oficios varios mediante un contrato a término indefinido; que devengaba un salario promedio mensual de \$1.000.000; que contaba con más de 21 años de servicios; y que nació el 31 de diciembre de 1940, por lo que a la fecha de la presentación de la demanda acredita más de 70 años de edad.

Indicó que mediante Resolución 02362 de 1986, el ISS llamó a inscripción a los riesgos de invalidez, vejez y muerte a los empleadores y trabajadores de los municipios de Apartadó, Chigorodó y Turbo en el departamento de Antioquia, afiliación que omitió la empresa. Que aparece afiliado al ISS hoy Colpensiones al sistema general de seguridad social integral desde el 30 de septiembre de 1994

y que se trasladó al fondo de pensiones privadas Citicolfondos en 1996.

Agrícola Sara Palma S.A., al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones del actor. En cuanto a los hechos dijo ser parcialmente cierto que él empezó a trabajar desde el 18 de agosto de 1989, desempeñándose en el cargo de oficios varios, con un contrato a término indefinido, pero aclaró que la compañía fue sustituida por la sociedad Agropecuaria Baudó S.A. desde el 3 de octubre de 1993 y que con posterioridad, en septiembre de 1997, en virtud del acuerdo de fusión por absorción celebrado entre las sociedades Agrícola Sara Palma S.A., y Agropecuaria Baudó S.A. la primera asumió nuevamente la calidad de empleadora del señor José Cabrera; dijo ser cierto igualmente que, presentaba más de 21 de años de labores pues a la fecha en contestó la demanda el contrato estaba vigente y, además, aceptó que el actor registra una afiliación desde el 30 de septiembre de 1994, pero aclaró que fue la sociedad Agropecuaria Baudó S.A. quien lo afilió en dicha fecha.

Aceptó parcialmente que mediante Resolución 02362 de 1986, el ISS resolvió llamar a inscripción a los empleadores y trabajadores de los municipios de Apartadó, Chigorodó y Turbo en el departamento de Antioquia; dijo ser cierto que el actor, desde agosto de 1996 (sic), empezó a cotizar al fondo de pensiones administrado por Colfondos S.A. en cuanto a los demás dijo no ser ciertos o no corresponder a un hecho.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por activa, caducidad de la acción y/o prescripción, compensación y buena fe (f.º 29 a 61).

El Juzgado Laboral del Circuito de Turbo (Antioquia), mediante autos del 5 de agosto de 2014 y 22 de mayo de 2015, ordenó integrar al contradictorio a Colpensiones y Colfondos S.A.

Colfondos S.A., al contestar la demandada no se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó que el actor nació el 31 de diciembre de 1940 y que cuenta con más de 70 años de edad; que el ISS llamó a inscripción de los seguros de invalidez, vejez y muerte a los empleadores de los municipios de Apartadó, Chigorodó y Turbo en el departamento de Antioquia y que se trasladó en el año 1996, al fondo de pensiones privadas de Citicolfondos. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, prescripción (f.º 341 a 347).

Mediante auto del 23 de enero de 2015, el Juzgado tuvo por no contestada la demanda por Colpensiones (f.º 314).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Laboral del Circuito de Turbo (Antioquia),

mediante fallo del 8 de abril de 2016 resolvió:

**PRIMERO: RECONOCER** la existencia del contrato de trabajo celebrado entre el señor **JOSÉ CABRERA MOSQUERA**, (...)... y la sociedad **AGRÍCOLA SARA PALMA S.A.** representada legalmente **IVÁN RESTREPO URIBE** o por quien haga sus veces, en calidad de empleadora, a partir del 18 de agosto de 1989 y que en la actualidad se encuentran vigentes, en las condiciones indicadas en la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONDENAR** a **AGRÍCOLA SARA PALMA S.A.** representada legalmente por **IVÁN RESTREPO URIBE** o por quien haga sus veces, a que emita y pague el título pensional previo cálculo actuarial, a favor del señor **JOSÉ CABRERA MOSQUERA** (sic) dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, comprendido las cotizaciones que debieron surtirse a la entidad de seguridad social de la época, por el período comprendido entre el 18 de agosto de 1989 y el 30 de septiembre de 1994, oportunidad en la que se cumplió la afiliación, con destino a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, última entidad a la que fue afiliado el accionante, debiendo la empresa aseguradora, coordinar con el afiliado la aceptación de la liquidación que presente la empresa reclamada.

**TERCERO: ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el actor en su contra.

**CUARTO:** Las excepciones quedaron resueltas implícitamente con el sentido de la decisión.

**QUINTO: COSTAS** a cargo de la condenada **AGRÍCOLA SARA PALMA S.A.** y a favor de los demandantes. Sin condena en costas para **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **COLPENSIONES**

**SEXTO: AGRÍCOLA SARA PALMA S.A.** deberá pagar por agencias en derecho en primera instancia, la suma de **DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS DIECISÉIS PESOS, (\$2.757.816)**, que equivalente a cuatro (4) slmmv para el año 2016.

### **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia conoció del proceso con ocasión del recurso de apelación

interpuesto por la demandada, mediante fallo del 20 de abril de 2016 confirmó la decisión de primer grado.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Colegiado adujo que no existía controversia frente a la relación laboral de las partes a partir del 18 de agosto de 1989 y que el actor fue afiliado al sistema general en pensiones por parte de la empresa el 30 de septiembre de 1994, por lo que el problema jurídico que debía dilucidar, se centraba en definir si era procedente el reconocimiento del título pensional a cargo de la sociedad empleadora por el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 1989 y el 30 de septiembre de 1994.

Destacó que según Resolución 02362 del 20 de junio 1986, el ISS había llamado a inscripción a partir del 1 de agosto de 1986 a empleados y trabajadores de los municipios de Chigorodó, Apartadó y Turbo y que de los medios probatorios se infería que tal inscripción no se había podido realizar debido a la presión ejercida por los sindicatos de la época y la renuencia de los trabajadores de la zona para aceptar la afiliación, lo que generó paros y la recomendación de las organizaciones sindicales de que no se aportara la documentación necesaria, dada la violencia que se había generado.

En punto a la problemática controvertida, el Tribunal, con base en las pruebas aportadas al plenario, además de los hechos de público conocimiento, reconoció que, tal y como lo argumentó la compañía demandada, la inscripción al seguro

social no se pudo llevar a cabo debido a las presiones de los sindicatos y a la renuencia generalizada de los trabajadores de aceptar la afiliación, lo que determinó inclusive la realización de paros y la recomendación de los sindicatos - dirigida a sus agremiados- para que no aportaran la documentación necesaria para realizar la afiliación a la seguridad social en pensiones.

Resaltó que las diferentes salas laborales de decisión de ese Tribunal habían reconocido el evidente conflicto social sufrido en la zona de Urabá, el cual, efectivamente, había impedido la afiliación oportuna de los trabajadores de las fincas bananeras a los riesgos de IVM, administrados por el ISS. Ello, con ocasión de la oposición efectuada por el movimiento sindical entre los años 1986 a 1994.

Reiteró que la línea jurisprudencial de esa Corporación al resolver la misma temática en otras oportunidades en las que había acogido uno de los sistemas de interpretación de la ley, denominado la *jurisprudencia de intereses* o *jurisprudencia sociológica*, y en ese sentido razonó que, aunque se verificó un motivo de *fuerza mayor* que obstaculizó la afiliación de los trabajadores, *«lo importante es que no hubo afiliación –lo que se traduce en omisión- y el tiempo durante el cual prestó servicios el trabajador no puede ser desconocido, de tal forma que le imposibilite acceder a la pensión por el riesgo de vejez»*.

Por lo anterior, avaló lo considerado por el juez *a quo* en punto a que la fuerza mayor no liberaba al empleador de la

obligación de hacer los respectivos aportes *«y ello bien lo pudo hacer una vez superadas las circunstancias de anormalidad, y entonces afiliar a sus trabajadores en forma retroactiva, lo que no se hizo y no existe ninguna situación que lo justifique»*. De esa manera, pese a reconocer que en la zona se presentaron hechos generalizado de violencia que imposibilitaron la afiliación del demandante, tal situación no puede estar *«por encima de derecho fundamental de disfrutar de una pensión por vejez»*.

Posteriormente se refirió al artículo 16 del CST, para precisar el efecto general e inmediato de las normas laborales y establecer que en problemáticas referidas a temas pensionales se debe resolver con base en las vigentes a la época en que se cause el derecho. De esa manera aclaró que, si bien la Ley 100 de 1993 o la 797 de 2003 eran posteriores al llamado a inscripción del ISS, la pensión del actor se causaría en vigencia de éstas.

En su discurso argumentativo el colegiado se refirió a la normatividad que regula los títulos pensionales, para lo cual aludió a los artículos 12, 13 y 15 de la Ley 100 de 1993; 9 de la Ley de la 797 de 2003; 5 del Decreto 813 de 1994 y 3 del Decreto 1748 de 1995, y coligió que el demandante contaba con tiempo de servicios como trabajador vinculado con un empleador que omitió afiliarlo al sistema oportunamente, teniendo así derecho a que por el tiempo de servicios no cotizados, se emita un título pensional por parte de su empleador y por el período comprendido entre el 18 de agosto de 1989 y el 30 de septiembre de 1994.

Apoyó su postura en la providencia CSJ SL, 22 ene. 2009, rad. 32179 y señaló que de acuerdo con la fecha de inicio de la relación laboral (18 de agosto de 1989), y la data a partir de la cual afilió al trabajador, esto es, 30 de septiembre de 1994, el caso del actor se ajustaba al Decreto 7398 de 2003, en su artículo 17, pues contaba con el tiempo de servicio prestado con un empleador que omitió afiliarlo al sistema oportunamente, y en ese orden, tenía derecho a que por el tiempo laborado no cotizado, se emita un título pensional por parte de su empleador, sin determinarse el pago de aportes como los sostenía el apelante.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

El recurso fue interpuesto por Agrícola Sara Palma S.A., concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se procede a resolver.

#### **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

La parte recurrente pretende que la Corte case totalmente la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, revoque en su integridad la decisión de primer grado y, en su lugar, la absuelva de todas las pretensiones y provea en costas lo correspondiente.

Para ello formula dos cargos por la vía directa, los cuales fueron replicados por Colpensiones y Colfondos y serán resueltos de manera conjunta por dirigirse por el

mismo sendero y por cuanto la argumentación se complementa.

## VI. CARGO PRIMERO

Por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, le imputa a la sentencia objeto del recurso la transgresión de los artículos 33, literales c) y d), modificado por la Ley 797 de 2003, 14, 35, 36, 115 y 142 de la Ley 100 de 1993, 5 del Decreto 813 de 1994 y 3 del Decreto 1748 de 1995, lo que condujo a la aplicación indebida del inciso final del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y la infracción de los artículos 6º, 7º y 8º del Acuerdo 189 de 1965, aprobado por el artículo 1º del Decreto 1824 de 1965, 6º del Decreto 2665 de 1988, 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la sustentación del cargo señala que, el Tribunal incurrió en los errores jurídicos endilgados al no concluir: *i)* la fuerza mayor es eximente de responsabilidad; *ii)* la demandada no estaba obligada a hacer los aportes por el periodo controvertido; *iii)* no hubo omisión de la demandada en la afiliación del demandante al régimen de seguros sociales; *iv)* en el régimen de prima media no son posibles las afiliaciones retroactivas y; *v)* que «*si el asidero del tribunal es que “no se liberaba el empleador de la obligación de hacer los respectivos aportes”*» es improcedente el pago del título

pensional o cálculo actuarial, dado que a lo sumo lo pertinente era el pago de los respectivos aportes.

Aduce que, si la falta de afiliación como lo entendió el Tribunal obedeció a causas ajenas a la voluntad del empleador y a los hechos protagonizados por los propios sindicatos quienes renuentes en permitir la afiliación, constitutivos de fuerza mayor, debió comprender que la empresa estaba «*exonerada*» del pago de los aportes, pero entendió de manera equivocada las consecuencias de la fuerza mayor. En desarrollo de este argumento cita una sentencia emitida por la Sala Civil de esta Corporación.

A su turno, hace un recuento de lo señalado en el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 original, para concluir que, si el Tribunal admitió que la afiliación del trabajador no se produjo en la fecha que fue llamado por el ISS a realizar la afiliación no por causas imputables por la empleadora, sino por imposibilidad absoluta en que fue expuesta y por la omisión y acción del trabajador las organizaciones sindicales a las que estuvo afiliado, quienes se negaron sistemáticamente a consentir la entrega de los documentos para su afiliación, a pesar de lo anterior, afirmó que dicha imposibilidad de afiliar no releva al empleador de pagar los aportes.

Agrega que de la lectura del artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, se desprende con total claridad que las

omisiones de la afiliación que dan lugar al título pensional, son aquellas en que siendo obligatorias resultan imputables al empleador y que «*si no se hacen es por acto culposo, o de descuido, flojedad o negligencia del empleador o, en todo caso, dichas “omisiones” jurídicamente nunca se configuran respecto de actuaciones imputables al trabajador o a las asociaciones sindicales*», o cuando emanan situaciones de fuerza mayor, no imputables al empleador.

Sostiene que uno de los principios generales del derecho es que nadie puede verse favorecido de su propia culpa, y que, además, no puede pasarse por alto que los aportes concurren a cargo del empleador y el trabajador.

Indicó que antes del 1º de agosto de 1996, la demandada, era un empleador que tenía a cargo el reconocimiento y pago de la pensión según el artículo 260 del CST, razón por la cual «*nadie puede “omitir” la ley si ella no lo obliga*». Situación que cambió jurídicamente como materialmente cuando el ISS llamó a la inscripción obligatoria en el Municipio de Turbo y el sindicato y el demandante imposibilitaron la afiliación, con consecuencias que corresponden al pago de los aportes a pensión, pero no las de reconocer y pagar directamente las pensiones de vejez, ni los títulos y cálculos actuariales.

Refirió que el Tribunal al fundar su condena quebrantó el literal c) del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, lo que lo condujo a la infracción directa del artículo 6º

de Acuerdo 189 de 1965, por cuanto no podía considerarse que la empleadora tenía a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones. Con apoyo en la sentencia CSJ SL,13 jun. 2002 rad. 17519, explica que es claro que entre el 1.º de agosto de 1986 fecha del llamamiento a inscripción el ISS llamó a afiliación obligatoria a los empleadores del municipio de Turbo y el 6 de junio de 1995 (sic), fecha en que logró «*finalmente*» afiliar al trabajador, Agrícola Sara Palma S.A., no era un empleador de aquellos que tenían a su cargo el reconocimiento de pensiones, de manera que, jurídicamente era imposible condenarla al reconocimiento de un título o bono pensional o cálculo actuarial, con fundamento en el citado artículo 33.

Arguye que aunque el derecho a la seguridad social goza de carácter fundamental, no habilita al juez para que pueda condenar de manera libre. Añade que este derecho presupone la observancia de los principios generales del derecho, uno de los cuales es que nadie puede beneficiarse de su propia culpa.

Finalmente indica que condenas de este tipo, con obligaciones de cálculo actuarial o de título pensional, no son posibles de cumplir, dado que en muchos casos valen más que el mismo valor de las «*fincas*».

## **VII. CARGO SEGUNDO**

Por la vía directa, acusa a la sentencia de segunda de haber aplicado indebidamente de los artículos 1, 2 y 5 del

Decreto 1887 de 1994, 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por los Decretos 1474 de 1995 y 3798 en relación con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, así como de haber infringido el artículo 6º del Acuerdo 189 de 1965.

En la demostración del cargo, indica que, aun aceptando que la situación de imposibilidad en que se vio la demandada de afiliar al demandante no la releva de sus obligaciones con la seguridad social, el *ad quem* en todo caso incurrió en la aplicación del artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, teniendo en cuenta la fecha en que ocurrió la omisión de la afiliación, la norma aplicable era artículo 6 del Acuerdo 189 de 1965.

Asentó que las normas aplicables en casos de omisión en la afiliación, son las vigentes al momento en que ésta ocurre y en ese momento no estaba vigente el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, reformado por la Ley 797 de 2003. Destaca que la regla vigente al momento en que ocurrió la omisión de afiliación es la contenida en el artículo 6 del Acuerdo 189 de 1965, aprobado por el Decreto 1824 de 1965, que consagra el deber del empleado de pagar al ISS, el capital constitutivo de las rentas y prestaciones «pero dentro de la facultad potestativa que este tiene de reconocer las prestaciones, a que hubiera tenido derecho el asegurado de no haberse incurrido en el incumplimiento de la obligación de afiliar o haberlo afiliado tardíamente y, siempre y cuando así se hubiere solicitado en juicio».

Finalmente, con sustento en la sentencia CSJ SL, 13 jun. 2002, rad. 17519, sostiene que el Acuerdo 189 de 1965 vigente hasta la expedición del Decreto 2665 de 1988, prescribe que en los casos de afiliación tardía la acción que tiene el trabajador directamente contra su empleador consiste en la indemnización de los perjuicios causados a raíz de la omisión, pues el capital constitutivo de las prestaciones económicas por parte del empleador, es necesario además de la «*quiescencia*» del ISS el cumplimiento de los requisitos para la prestación solicitada.

### **VIII. RÉPLICA CONJUNTA**

Colfondos S.A., indica que no tiene intereses para oponerse en réplica al recurso de casación formulado en este proceso, en razón a que en primera como en segunda instancia se profirió sentencia exclusivamente en contra la demandada Agrícola Sara Palma S.A., no existiendo ninguna orden dirigida en su contra, más allá de la de coordinar con el afiliado la aceptación de la liquidación que presente y de recibir los valores del título pensional.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones indica que el proceder del colegiado fue acertado al menos en lo que competen los intereses de su representada por lo que la determinación adoptada en primera y segunda instancia deben permanecer incólumes.

Manifiesta igualmente que no le corresponde al ISS hoy Colpensiones, entrar a pronunciarse sobre sí efectivamente

debe Agrícola Sara Palma, emitir y cancelar el título pensional pues dicha circunstancia se sale de su competencia.

## **IX. CONSIDERACIONES**

Como quiera que los cargos fueron planteados por la vía directa, quedan por fuera de debate los siguientes aspectos fácticos establecidos por el Tribunal: *i)* el demandante se vinculó laboralmente a Agrícola Sara Palma el 18 de agosto de 1989; *ii)* el ISS llamó a inscripción en los riesgos de invalidez, vejez y muerte en los municipios de Chigorodó, Apartadó y Turbo a partir del 1 de agosto de 1986; *iii)* el trabajador no fue afiliado al ISS para cubrir las referidas contingencias; *iv)* dicha afiliación sólo se produjo a partir del 30 de septiembre de 1994, en el régimen de prima media con prestación definida; y *v)* el 5 de agosto de 1995 el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A.

En esencia, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal por considerar que erró jurídicamente por cuanto, pese a reconocer la existencia de una fuerza mayor que implicó para la empleadora la imposibilidad de afiliar a sus trabajadores, no la eximió de la responsabilidad reclamada. En esa medida, alega que no estaba obligada a hacer los aportes por el período controvertido, pues no hubo omisión en la afiliación del actor; que, además, en el régimen de prima media no es posible la afiliación retroactiva, e insiste en que, de considerar que no se liberaba de su obligación, lo

procedente era el pago de aportes y no del título pensional o cálculo actuarial.

Planteada así la cuestión, los problemas jurídicos que debe resolver la Sala se pueden sintetizar en dilucidar si el Tribunal infringió la ley, respecto de las siguientes temáticas jurídicas: a) ¿la fuerza mayor o la imposibilidad de afiliar a los trabajadores en la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales llamó a inscripción obligatoria, exime al empleador de sus responsabilidades hacia el régimen de seguridad social en pensiones, de manera que no tenga que contribuir al financiamiento de la pensión?; b) ¿si la consecuencia de la no afiliación producida por razones no imputables a su conducta, fue el no pago de aportes, dada la subrogación pensional, debe ser obligada al pago del cálculo actuarial?; c) ¿las responsabilidades derivadas de la falta de afiliación de los trabajadores al sistema pensional se determinan con arreglo a las normas vigentes a la fecha de verificación de la omisión o de causación del derecho pensional?

**¿Es la fuerza mayor un eximente de responsabilidad del empleador en su obligación frente al sistema pensional?**

Lo primero que hay que resaltar en este punto, es que el Tribunal en su sentencia reconoció que la ausencia de afiliación del demandante al ISS se debió a «una fuerza mayor» o a «causas no imputables al empleador», pues sostuvo que si bien el Instituto de Seguros Sociales llamó a inscripción obligatoria a los empleadores de los municipios

de Chigorodó, Apartadó y Turbo, a partir del 1 de agosto de 1986, dicha afiliación no se pudo llevar a cabo debido a que para esa fecha y hasta 1994, en la zona del Urabá, se desarrolló un conflicto social complejo, en el que las organizaciones sindicales y sus agremiados se opusieron a la afiliación de los trabajadores al seguro social obligatorio.

El recurrente, valiéndose de esa consideración del Tribunal, asume que, en consecuencia, el colegiado erró ya que ha debido excusar a la compañía del pago del cálculo actuarial, pues la fuerza mayor la eximía de su responsabilidad frente al sistema pensional.

Este cuestionamiento que propone el recurrente, ya ha sido dilucidado por la jurisprudencia de esta Corporación, con base en la cual se ha considerado que las situaciones constitutivas de fuerza mayor, como las provenientes de autoridad (ej. no cobertura geográfica por decisión administrativa) o sobre las cuales el empleador no puede incidir o determinar su destino, y que de una u otra forma frustran o imposibilitan la afiliación al seguro social obligatorio, no generan la pérdida de las semanas laboradas para efectos pensionales.

Y tal postura ha sido explicada en la necesidad de que el empleador contribuya al financiamiento de las pensiones de los trabajadores, no bajo una perspectiva sancionatoria o punitiva, ya que esos derechos pensionales, como la cotización respectiva, son una consecuencia jurídica de la actividad laboral subordinada, y su fin es garantizarle al

trabajador un ingreso económico y periódico que le permita garantizar su subsistencia de manera digna, luego de largos años de servicio.

De ahí que se haya afirmado que el simple trabajo, desplegado en favor de un empleador, debe tener efectos pensionales como una manifestación del derecho al trabajo y la irrenunciabilidad de los derechos mínimos. Es por ello que tales tiempos no pueden desconocerse, pues ese es un derecho íntimamente ligado a la prestación del servicio, y como tal, de índole irrenunciable. En tal sentido, la Sala ha defendido la tesis de que *«la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado»* (SL 33476, 30 sep. 2008).

Esta Sala, al resolver un caso de idénticos contornos, entre las mismas partes y bajo los mismos argumentos de reproche donde también se constató la imposibilidad de la empresa empleadora de afiliar a los trabajadores al seguro social obligatorio debido a la acción de los movimientos sindicales en zonas bananeras, dejó precisado que tal situación, pese a constituir una fuerza mayor, no eximía al empleador de asumir sus obligaciones con el sistema pensional. Así, en sentencia SL4072-2017 se dijo:

*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.*

Así mismo, la Sala ha precisado que una cosa es estar en imposibilidad fáctica de ejecutar temporalmente el acto jurídico de la afiliación a los riesgos de IVM y otra bien distinta es la de pretender por este motivo, desligarse de las obligaciones pensionales permanentemente. Así lo dijo esta Corporación en la sentencia CSJ SL14215-2017:

*[...]los obstáculos que hayan podido derivarse de entornos sociales, políticos o jurídicos frente al aseguramiento de los trabajadores no liberan a las empresas de sus obligaciones sociales en materia pensional.*

*En efecto, superadas tales dificultades, los empleadores tienen a su alcance mecanismos idóneos que les ofrece el sistema de seguridad social en aras de que puedan remediar situaciones irregulares del pasado, lo cual usualmente se da mediante el giro de un título pensional con destino al fondo de pensiones.*

*Entonces, resulta inaceptable considerar que el trabajo humano puede, bajo determinadas circunstancias, no tener efectos en materia pensional. De una forma u otra, el empleador que se sirve de la fuerza de trabajo de una persona, quien por el transcurso del*

*tiempo ha visto mermada su capacidad laboral, debe contribuir a la cobertura del riesgo de vejez, ya sea mediante el pago directo de la pensión o el giro de un título pensional suficiente.*

*Admitir la tesis libérrima de las obligaciones propuesta por el demandado, conduciría a aceptar que, no obstante, el empleador se benefició de la actividad del trabajador, queda exento del deber de contribuir a su protección social. En este sentido, no sobra aclarar que el pago de la pensión o del aporte para su financiación no es un regalo o una concesión fundada en consideraciones proteicas y etéreas de equidad, sino, se insiste, un derecho derivado del vínculo laboral.*

Lo dicho y rememorado en precedencia sirve para concluir que el Tribunal no se equivocó al no eximir a la empresa demandada de sus obligaciones como empleador frente al sistema de pensiones, pues si bien, los trabajadores a través del sindicato impidieron la afiliación a los riesgos de IVM hasta el 30 de septiembre de 1994, dicha circunstancia por sí sola, no lo desligaba de sus obligaciones frente al sistema de seguridad social, pues éste aún conserva ciertas responsabilidades en torno a la financiación de la pensión de sus trabajadores, a través de la emisión de un cálculo actuarial.

Tampoco le asiste razón a la censura cuanto afirma 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 destacado bajo la orientación de los principios del sistema de seguridad social, que en las hipótesis de omisión en la afiliación al sistema de pensiones, las entidades de seguridad social siguen a cargo del reconocimiento de las prestaciones respectivas.

En consecuencia, lo razonado por el Tribunal en este punto luce acertado y coincidente con la línea jurisprudencial de la Sala, por lo que no se advierten los errores jurídicos denunciados.

**¿Si la consecuencia de la no afiliación producida por razones no imputables a la conducta del empleador, fue el no pago de aportes, dada la subrogación pensional, debe ser obligada al pago del cálculo actuarial?**

Se argumenta por la empresa recurrente que inicialmente era un empleador que tenía a su cargo el reconocimiento de la pensión, pero que debido al llamamiento que hizo el ISS a la inscripción obligatoria, subrogó el riesgo, pues nadie puede «*omitir la ley si ella no lo obliga*». Y con fundamento en ello, alega que, en este caso, al existir circunstancias externas que imposibilitaron la afiliación del actor, la consecuencia que se produjo fue la falta de pago de aportes, pero no la de la pensión ni el pago de títulos o cálculos actuariales. Es decir, en el fondo cuestiona que se le haya condenado a pagar el cálculo actuarial, cuando lo omitido fue el pago de aportes.

Con independencia de si a partir del 1º de agosto de 1986, operó técnicamente una subrogación del riesgo de vejez, no resultaba equivocado afirmar como lo hizo el Tribunal, que la empresa seguía con la obligación de reconocer y pagar pensiones y, por tanto, estaba obligada a girar un cálculo actuarial conforme al literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Pues lo cierto es que, este caso

también se subsume en lo dispuesto por el literal d) de ese mismo precepto, el cual le concede plenos efectos al *«tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador»*.

En otras palabras, con independencia de las circunstancias que hubieran operado para la ausencia de afiliación, lo que busca la norma, es darle validez a todos los tiempos laborados en que no hubo afiliación, sin consideración al responsable de esa omisión y a ningún otro tipo de consideraciones diferentes a que el trabajo humano goza de la protección social.

En ese sentido, la Corte en sentencia CSJ SL14215-2017 reiteró lo dicho en sentencia SL14388-2015 en la que la Sala adoctrinó que el deber de pagar una reserva actuarial para suplir tiempos de no afiliación, opera con independencia de que los empleadores *«no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones»*. Por este motivo, el argumento de la censura no derruye la conclusión jurídica del Tribunal que con fundamento en lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, dispuso que la empresa pagara el cálculo actuarial.

**¿Cuáles son las reglas que regulan la responsabilidad derivadas de la falta de afiliación de los trabajadores al sistema pensional?**

El Tribunal consideró que las disposiciones legales que regulaban el marco de responsabilidad de la empresa demandada, por la falta de afiliación de su trabajador, eran las contenidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, tal y como quedaron reformados por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, tesis que censuró el recurrente, para quien, con dicha postura el colegiado incurrió en la inaplicación de los artículos 6, 7 y 8 del Acuerdo 189 de 1965 y 6 del Decreto 2665 de 1998.

Tal reproche, sin embargo, luce desacertado, pues la Corte tiene definida una clara línea jurisprudencial según la cual, las normas llamadas a definir los efectos de la falta de afiliación, son las vigentes al momento en que se causa la prestación reclamada, tal como lo razonó el colegiado.

Para corroborar lo anterior es suficiente memorar que en esa línea se ha dicho:

*«las normas que pueden contribuir a resolver [las] hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que afecte su sostenibilidad financiera» (CSJ SL2731-2015 y SL14388-2015).*

La anterior postura fue reiterada entre otras en CSJ SL2138-2016, donde sostuvo:

[...]

*En torno a este tópico, a partir de sentencias como la CSJ SL, 27 en. 2009, rad. 32179, reiterada en las CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 42398; CSJ SL464-2013 y CSJ SL16715-2014, esta Sala de la Corte ha definido que las normas llamadas a definir los efectos de la «falta de afiliación» o de la «mora» en el pago de los aportes al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del derecho, son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados. **Ello a diferencia de los procedimientos de cobro de aportes en mora e imputación de pagos a cargo de las entidades de seguridad social, que, por su naturaleza, sí deben regirse por las normas vigentes al tiempo de la omisión.***

*Ha dicho la Sala, en ese sentido, que «...las normas que pueden contribuir a resolver esas hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que se afecte su estabilidad financiera.» Ver CSJ SL2731-2015.*

*Específicamente, frente a la aplicación de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, en torno a los efectos de las omisiones de afiliación al sistema de pensiones, generadas con anterioridad a su vigencia, que el Tribunal negó y que la censura reclama, la Sala ha sostenido que el propósito de esas normatividades fue precisamente el de referirse a los incumplimientos de las obligaciones del empleador, dados con anterioridad a la expedición del sistema integral de seguridad social, por lo que la aptitud de esas reglas, para regular esas situaciones, además de lógica, es clara y acorde con los principios de aplicación de la ley laboral en el tiempo. (Negrilla y subraya de la Sala).*

Siguiendo los anteriores derroteros, no se aplica la norma vigente para cuando se desarrolló la relación laboral y en la cual no se efectuaron aportes, sino, la disposición que rigen para cuando se cumplen los requisitos para causar la pensión. Y como en este caso, el actor informó que nació el 31 de diciembre de 1940, la edad pensional la alcanzó en

vigencia de la Ley 797 de 2003, de manera que no erró el Tribunal al solucionar los problemas de la falta de afiliación bajo esta normativa.

Ahora, frente a la postura del censor, según la cual la consecuencia de la omisión en la afiliación por falta de cobertura del ISS, conlleva el reconocimiento de la indemnización de perjuicios, debe decirse que tal criterio si bien fue acogido por la Sala, entre otras, en la sentencia CSJ SL,13 jun. 2002 rad. 17519, como bien se cita en el cargo, lo cierto es que, dicha postura se rectificó mediante sentencia CSJ SL,11 may. 2010, rad. 38154, reiterada en CSJ SL14388-2015 y CSJ SL4072-2017, en la que se dijo:

*En efecto, en aquella oportunidad la Corte al estudiar un asunto de similares contornos al hoy estudiado, en donde la demandada no afilió a su trabajador al sistema pensional, en el período comprendido entre 1981 y 1993, sostuvo que si bien es cierto la Sala había sostenido que hasta el 26 de diciembre de 1988, cuando entró en vigencia el Decreto 2665 del mismo año, la consecuencia para los empleadores que no afiliaran al sistema pensional a sus trabajadores, era el pago de la indemnización de los perjuicios que por dicha omisión les llegaren a ocasionar, **la Sala varió su postura a partir de esa fecha, en el sentido de que tal omisión implica para el empleador la obligación de responder al trabajador por las prestaciones, en los mismos términos en que el ISS las hubiere reconocido.***

En consecuencia, los cargos no prosperan

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$8´480.000 m/cte., que se incluirán en la liquidación que se practique conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

## **X. 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 el 20 de abril de 2016 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ CABRERA MOSQUERA** adelanta contra **AGRÍCOLA SARA PALMA S.A.**

Las costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

**MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO**

**DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA**

**ERNESTO FORERO VARGAS**