



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1



DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Magistrada ponente

SL5265-2019

Radicación n.º 75797

Acta 43

Bogotá, D. C., cuatro (4) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por **MADERAS DEL DARIÉN S.A.** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia, el 8 de abril de 2016, en el proceso ordinario laboral que instauraron **JUAN CUESTA CUESTA, ROBERTO PRADO MARTÍNEZ, JUAN SABINO URRUTIA, HIPÓLITO MENA PALACIO, EMETERIO SÁNCHEZ ROMAÑA, FIDEL PALMA ESPINOSA, HUMBERTO PALACIO CAICEDO, AISMERI ANTONIO PALMA MONTOYA, ANDRÉS AVENILO MURILLO, MARLENIS SALAS VALENCIA, NALVAREZ**

ASPRILLA MOSQUERA, FERNANDO GONZÁLEZ MELÉNDEZ, JORGE ENRIQUE MOSQUERA PALACIOS, LUCIO BERRIO PALACIOS, JAIRO ANTONIO PALMA ARROYO, LICINIO MORENO, CATALINA CAICEDO RAMOS, LUIS VENTURA CUESTA CUESTA, TOMÁS AMELIO MOSQUERA URRUTIA, HORACIO CUESTA PEREA, EDULFO MAQUILÓN RIVAS, EDULFO MAQUILÓN RIVAS, ELIDO JOSÉ MOSQUERA, JORGELINA ROMAÑA SÁNCHEZ (compañera permanente supérstite del señor DAMIAN MENA ROMAÑA), **JOSÉ MARCIAL URRUTIA, DANIEL ALLIN MENA, LUIS FELIPE MORENO MORENO y ORTELEANO BLANDÓN** contra la recurrente, trámite al que se vinculó al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES.**, **COLFONDOS S.A.** y **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** hoy **PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Los demandantes instauraron demanda ordinaria laboral contra Maderas del Darién S.A., con el fin de que se declaren probados los extremos temporales laborados *que ya fueron reconocidos por las partes en litigios anteriores.*

Como consecuencia de lo anterior pidieron, se condenara a la demandada a «emplazar» a Colpensiones u otras AFP, el título pensional, previo cálculo actuarial, por el período laborado y dejado de cotizar antes de la Ley 100 de 1993 y *conminar* a la demandada a «afiliar contra los ingresos de IVM, a todos mis poderdantes que llevaban más de 10 años de servicios en Maderas del Darien S.A., al iniciar la cobertura

del (ISS) Colpensiones en la región de Urabá», previamente a la actualización de los provisionamientos de capital de los cálculos actuariales necesarios para adquirir el derecho pensional.

Fundamentaron sus pretensiones en que laboraron para la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido en los siguientes periodos, percibiendo como último salario la suma enunciada, ocupando los siguientes cargos y encontrándose afiliados a los siguientes fondos administradores de pensiones:

Nombre	Fecha de ingreso	Fecha de retiro	Último salario devengado	Último cargo desempeñado	Lugar	Fondo administrador de pensiones
Juan Cuesta Cuesta	07/11/1977	15/5/1996	\$385.890	Mecánico	Puerto Caribe (Turbo)	COLFONDOS
Roberto Prado Martínez	16/11/1971	08/12/96	\$531.763	Motorista	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Juan Sabino Urrutia	21/11/1972	20/12/2011	\$1.387.514	Mecánico	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Hipólito Mena Palacios	13/05/1973	17/05/83	\$15.481	Ayudante de mecánica	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Emeterio Sánchez Romana	29/05/1985	04/08/93	\$830.000		Puerto Caribe (Turbo)	
Fidel Palma Espinosa	16/06/1970	29/08/05	\$2.814.365	Mecánico Supervisor	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Humberto Palacio Caicedo	03/08/1964	13/10/64	\$549.382	Capitán de remolcador	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Aismeri Antonio Palma Montoya	12/06/1972	20/01/2012	\$1.215.367,2	Auxiliar de campo	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Andrés Avelino Murillo	10/04/1972	13/11/1991	\$1.031.000	Ayudante de remolcador	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Marlenis Salas Valencia	30/06/1980	16/11/1996	\$445.347	Auxiliar de servicios generales	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Nalvarez Asprilla Mosquera	20/09/1969	23/09/1971	\$21.859	Capitán de remolcador	Puerto Caribe (Turbo)	No Afiliado AFP
Fernando González Meléndez	21/06/1973	20/09/1978	\$15.660	Obrero en oficios varios	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES

Jorge E. Mosquera Palacios	24/11/1966	14/04/1992	\$120.000	Operador de maquina	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Lucio Berrio Palacios	24/11/80	14/03/1988	\$35.000	Oficios varios	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Jairo Antonio Palma Arroyo	26/01/1972	20/12/2011	\$2.293.000	Supervisor de mantenimiento	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Licinio Moreno	23/06/1970	14/09/2009	\$1.527.000	Capitán de remolcador	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Catalina Caicedo Ramos	13/05/1969	22/03/1984	\$16.710	Enfermera	Puerto Caribe (Turbo)	No afiliada AFP
Luis Ventura Cuesta Cuesta	26/03/1969	22/03/1984	\$21.360	Jefe de montaña y o jefe de campo	Puerto Caribe (Turbo)	No afiliado AFP
Tomás Amelio Mosquera Urrutia	04/09/1970	05/05/1985	\$20.000	Operador de máquinas (sic)Caterpillar (Tractor)	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Horacio Cuesta Perea	10/06/1974	09/12/2011	\$1.906.641	Capitán de remolcador	Puerto Caribe (Turbo)	Horizonte
Edufio Maquilon Rivas	30/09/1977	05/08/1994	\$214.186	Oficios varios	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Eldo José Mosquera	21/10/1965	20/07/1988	\$28.700	Tractorista	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Sergio Romaña Pedroza	07/09/1981	22/06/1998	\$628.683	Motosierrista	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Damián Mena Romaña	18/07/1973	07/06/1991	\$1.212.160	Jefe de Transporte	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
José Marcial Urrutia	07/06/1977	11/1996	\$496.924	Jefe de montaña	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Daniel Allin Mena	08/11/1966	12/10/1972	\$1.068	Ayudante de motosierra	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES
Luis Felipe Moreno Moreno	03/06/1971	10/05/1976	\$2.672	Motorista fuera de borda	Puerto Caribe (Turbo)	COLFONDOS
Orteleano Blandón Mena	09/04/1984	20/03/2012	\$1.137.548	Capitán de remolcador	Puerto Caribe (Turbo)	COLPENSIONES

Indicaron que la demandada omitió la obligación de hacer el provisionamiento de los cálculos actuariales, del capital necesario o del aporte previo al sistema del Seguro Social, por la totalidad del tiempo servido y mientras entraba en vigencia éste en la región de Urabá, pese a que estaba en la obligación de reconocer el derecho pensional.

Precisaron que se les vulneró sus derechos fundamentales por la falta de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión, al no cancelar los aportes por los periodos laborados; indicaron que la no acumulación de tiempos laborados ante distintos empleadores les violentó el derecho a la seguridad social, previsto en la Ley 100 de 1993.

Agregaron que la demandada afilió a los trabajadores al ISS, cuando se presentó la cobertura para la región de Urabá, sin embargo, la misma se hizo de forma esporádica frente a los trabajadores que estaban vinculados laboralmente antes de la vigencia del régimen de seguridad social.

Señalaron que al momento de la afiliación al ISS, la empresa demandada no transfirió el cálculo actuarial que *«traían los trabajadores desde el inicio de la relación laboral»*, por lo tanto, está obligada a asumir directamente el pasivo pensional y a constituir las garantías necesarias para asegurar el pago oportuno de las mesadas pensionales; que con la Ley 100 de 1993 se buscó crear un sistema integral de seguridad social que permitiera acumular semanas o tiempo de trabajo laborado ante distintos empleadores, para que los trabajadores tuvieran posibilidades reales de cumplir con el número de semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez.

Afirmaron que la demandada es responsable de trasladar al sistema general de pensiones los aportes de los periodos laborados, los cuales debe trasladar a Colpensiones o AFP a través del título pensional, previo el cálculo actuarial.

Maderas del Darién S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos negó que los demandantes laboraran con la entidad de manera indefinida por lo que dijo que no tiene ninguna obligación pensional.

Señaló que realizó las afiliaciones al ISS, en los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cuando las circunstancias políticas y de seguridad lo permitieron y precisó que la transferencia del cálculo actuarial no correspondía a la situación pensional de los demandantes. En su defensa propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia de la obligación y subrogación (f.º 149 a 158).

El Juzgado Laboral del Circuito de Turbo (Antioquia), mediante auto del 2 de mayo de 2014, vinculó oficiosamente a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Colfondos y a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. (f.º 199).

Horizonte S.A. hoy Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al contestar la demanda, dijo que las pretensiones formuladas tenían soporte en la relación laboral desarrollada entre los demandantes y Maderas del Darién S.A., por lo que en principio, las mismas no tenían una relación directa con esta entidad.

No obstante, aclaró que tres de los demandantes estuvieron afiliados a Porvenir S.A, a saber: (i) Horacio

Cuesta Perea, diligenció formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 3 de octubre de 2007, pero su pensión se encontraba a cargo de la sociedad Maderas del Darién S.A.; (ii) Emeterio Sánchez Romana, se afilió inicialmente al ISS y posteriormente, el 1º de noviembre de 1994, diligenció el traslado de régimen a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., estando activo; y (iii) Edulfo Maquilón Rivas, se trasladó de régimen pues se encontraba afiliado a Porvenir desde el 12 de diciembre de 1995 hasta el 28 de febrero de 1997, inicialmente por Agrícola el Retiro S.A.; posteriormente fue reactivada su afiliación por cuenta de la sociedad C.I PROIBAN S.A. y a partir de febrero de 2009, por cuenta de la sociedad Agrícola Sara Palma S.A.

Dicho lo anterior, afirmó que respecto a Edulfo Maquilón Rivas, éste se encontraba en calidad de demandante en otro proceso ordinario laboral adelantado por Jorge Eliécer Palacio Hurtado y otros contra Maderas del Darién S.A., solicitando las mismas pretensiones que se ventilan en esta *litis*, razón por la cual Porvenir S.A. solicitó la exclusión del demandante en este proceso.

Frente a los hechos dijo no constarle la relación laboral entre los demandantes y Maderas el Darién S.A. y el supuesto incumplimiento de esta última frente a sus obligaciones en materia pensional; indicó que la obligación de pagar el título pensional está a cargo del empleador, quien debía solicitar a la AFP la realización del cálculo actuarial y afirmó que con la demanda lo que se pretende es el pago de las cotizaciones por periodos laborados antes de la entrada

en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que dichas cotizaciones deben realizarse a la AFP a la cual se encuentre afiliado el trabajador. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones y buena fe (fº 225 a 237).

Por su parte Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al contestar la demanda, no se opuso a las pretensiones, en la medida en que no afectan sus intereses patrimoniales ni sus intereses jurídicos, pues las mismas no comportan la existencia de una obligación por parte de la entidad.

Frente a los hechos, dijo no constarle la relación laboral entre las partes y afirmó que los demandantes Juan Cuesta Cuesta y Luis Felipe Moreno Moreno, son afiliados activos de Colfondos S.A. desde el 28 de abril de 1995 y el 14 de diciembre de 1994, respectivamente.

Indicó que frente al señor Juan Cuesta Cuesta, existe una *deuda real* por los siguientes periodos: 199508, 199509, 199510, 199512, 199601, 199602, 199603, 199604, y en relación al señor Luis Felipe Moreno Moreno, no existe deuda presunta ni real.

Por último, manifestó que adelantó las gestiones de cobro a efectos de obtener el recaudo de las cotizaciones en mora. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe y prescripción (fº 284 a 290).

El Juzgado Laboral del Circuito de Turbo (Antioquia), mediante auto del 19 de agosto de 2014, tuvo por no contestada la demanda por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones (fº 303 -304).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Laboral del Circuito de Turbo (Antioquia), mediante fallo del 7 de octubre de 2015 resolvió:

PRIMERO: Se RECONOCE la existencia del contrato de trabajo celebrado entre los señores **JUAN CUESTA CUESTA, ROBERTO PRADO MARTÍNEZ, JUAN SABINO URRUTIA, HIPÓLITO MENA PALACIO, EMETERIO SÁNCHEZ ROMAÑA, FIDEL PALMA ESPINOSA, HUMBERTO PALACIO CAICEDO, AISMERI ANTONIO PALMA MONTOYA, ANDRÉS AVENILO MURILLO, MARLENIS SALAS VALENCIA, NALVAREZ ASPRILLA MOSQUERA, FERNANDO GONZÁLEZ MELÉNDEZ, JORGE ENRIQUE MOSQUERA PALACIOS, LUCIO BERRIO PALACIOS, JAIRO ANTONIO PALMA ARROYO, LICINO MORENO, CATALINA CAICEDO RAMOS, LUIS VENTURA CUESTA CUESTA, TOMÁS AMELIO MOSQUERA URRUTIA, HORACIO CUESTA PEREA, EDULFO MAQUILÓN RIVAS, ELIDO JOSÉ MOSQUERA, JORGELINA ROMAÑA SÁNCHEZ** quien actúa en calidad de compañera permanente en representación de **DAMIÁN MENA ROMAÑA, JOSÉ MARCIAL URRUTIA, DANIEL ALLIN MENA, LUIS FELIPE MORENO MORENO Y OTELEANO BLANDÓN** y la sociedad **MADERAS DEL DARIÉN S.A.** representada legalmente por el señor Saúl Buriticá Cifuentes o por quien haga sus veces en las temporalidades indicadas para cada uno de los demandantes en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: IMPONER a **MADERAS DEL DARIÉN S.A.** representada legalmente por Saúl Buriticá Cifuentes o por quien haga sus veces, a pagar en favor de sus ex trabajadores las cotizaciones que debieron surtirse a la entidad de seguridad social, entidad que deberá liquidar el cálculo actuarial, y coordinar con la empleadora su aceptación, imponiéndosele a la AFP a la que pertenezcan los demandantes recibir las sumas liquidadas. En las siguientes temporalidades:

Con destino a **COLFONDOS S.A.**

- Al señor **JUAN CUESTA CUESTA**, por los periodos

correspondientes entre el **7 de febrero de 1977 a septiembre de 1º de 1986.**

- Al señor **LUIS FELIPE MORENO MORENO**, por los periodos correspondientes entre el **18 de enero de 1971 a noviembre de 4 de 1986.**

Con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

- Al señor **ROBERTO PRADO MARTÍNEZ**, por los periodos correspondientes entre el **16 de febrero de 1971 a septiembre de 2 de 1986.**
- Al señor **JUAN SABINO URRUTIA**, por los periodos correspondientes entre el **21 de febrero 1972 a septiembre de 2 de 1986.**
- Al señor **FIDEL PALMA ESPINOSA**, por los periodos correspondientes entre el **16 de julio de 1970 a noviembre de 17 de 1988.**
- A la señora **MARLENIS SALAS VALENCIA**, por los periodos correspondientes entre el **30 de junio de 1980 a abril de 2 de 1989.**
- Al señor **JAIRO ANTONIO PALMA VALENCIA**, por los periodos correspondientes entre el **26 de enero de 1972 a marzo de 14 de 1989**
- Al señor **LICINO MORENO**, por los periodos correspondientes entre el **23 de junio de 1970 a septiembre de 2 a 1986.**
- A la señora **JORGELINA ROMAÑA SÁNCHEZ**, quien actúa en calidad de compañera permanente de **SERGIO ROMAÑA PEDROZA**, por los periodos correspondientes entre el **7 de septiembre de 1981 a septiembre de 2 de 1986.**
- A la señora **ROSA CAICEDO DE MENA**, quien actúa en calidad de compañera permanente en representación de **DAMIAN MENA ROMAÑA**, por los periodos correspondientes entre el **18 de julio de 1973 a septiembre de 2 de 1986.**
- Al señor **JOSE MARCIAL URRUTIA**, por los periodos correspondientes entre el **7 de junio de 1977 a septiembre de 2 de 1986.**
- Al señor **OTELEANO BLANDÓN MENA**, por los periodos correspondientes entre el **9 de abril de 1984 a septiembre de 28 de 1986.**

Con destino a **PORVENIR S.A.:**

- Al señor **HORACIO CUESTA PEREA**, por los periodos correspondientes entre el **10 de junio de 1974 a septiembre de 2 de 1986**
- Al señor **EDULFO MAQUILÓN RIVAS**, por los periodos correspondientes entre el **30 de septiembre de 1977 a 13**

de marzo de 1989.

TERCERO: ABSOLVER a la sociedad **MADERAS DEL DARIÉN S.A.** representada legalmente por Saúl Buriticá Cifuentes o por quien haga sus veces, de **TODOS** los cargos formulados en su contra a través del presente juicio por los señores **HIPÓLITO MENA PALACIO, EMETERIO SÁNCHEZ ROMAÑA, HUMBERTO PALACIO CAICEDO, ANDRÉS AVENILO MURILLO, NALVAREZ ASPRILLA MOSQUERA, FERNANDO GONZÁLEZ MELÉNDEZ, JORGE ENRIQUE MOSQUERA PALACIO, LUCIO BERRÍO PALACIOS, CATALINA CAICEDO RAMOS, LUIS VENTURA CUESTA CUESTA, TOMÁS AMELIO MOSQUERA URRUTIA, HERCILIA LÓPEZ OVIEDO**, quien actúa en calidad de compañera permanente en representación de **ELIDO JOSÉ MOSQUERA y DANIEL ALLIN MENA**, quienes actúan a través de apoderado judicial por las razones expresadas en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: SE DECLARARÁN NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada **MADERAS DEL DARIÉN S.A.** denominada Prescripción, inexistencia de la obligación, subrogación. **PORVENIR S.A.** denominada inexistencia de la obligación, buena fe. **COLFONDOS S.A.** Inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe y prescripción. Por las consideraciones que anteceden.

QUINTO: Se CONDENARÁ en costas procesales a la parte demandada en un 100% de las causadas, las agencias en derecho se fijan en la suma de \$2.577.400.00, en favor de los señores **JUAN CUESTA CUESTA, ROBERTO PRADO MARTÍNEZ, JUAN SABINO URRUTIA; FIDEL PALMA ESPINOSA; AISMERI ANTONIO PALMA MONTOYA; MARLENIS SALAS VALENCIA; JAIRO ANTONIO PALMA ARROYO; LICINIO MORENO; HORACIO CUESTA PEREA; EDULFO MAQUILON RIVAS; JORGELINA ROMAÑA SÁNCHEZ** quien actúa en calidad de compañera permanente en representación de **SERGIO ROMAÑA PEDROZA, ROSA CAICEDO MENA** quien actúa en calidad de compañera permanente en representación de **DAMIÁN MENA ROMAÑA, JOSE MARCIAL URRUTIA; LUIS FELIPE MORENO MORENO Y ORTELEANO BLANDON MENA**, monto que será dividido entre los demandantes atendiendo a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento laboral por remisión directa del artículo 145 del C.P.L. y S.S., liquidadas conforme lo dispone el acuerdo 1887 de 2003 artículo 2.1.1 del Consejo Superior de la Judicatura.

SEXTO: Se CONDENA en COSTAS procesales a los señores **HIPOLITO MENA PALACIOS, EMETERIO SÁNCHEZ ROMAÑA, HUMBERTO PALACIO CAICEDO, ANDRÉS AVELINO MURILLO, NALVARAEZ ASPRILLA MOSQUERA, FERNANDO GONZÁLEZ MELÉNDEZ, JORGE ENRIQUE MOSQUERA PALACIO, LUCIO**

BERRIO PALACIOS, CATALINA CAICEDO RAMOS, LUIS VENTURA CUESTA CUESTA, TOMÁS AMELIO MOSQUERA, HERCILIA LÓPEZ OVIEDO, quien actúa en calidad de compañera permanente en representación **ELIDO JOSÉ MOSQUERA Y DANIEL ALLIN MENA**, las agencias en derecho se fijan en la suma de \$644.350.00, suma que será dividida entre los demandantes vencidos antes referenciados y en favor de **MADERAS DEL DARIÉN S.A.**, representadas legalmente por el señor Saúl Buritica Cifuentes, atendiendo a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento laboral por remisión directa del artículo 145 del C.P.L y S.S. liquidadas conforme lo dispone el acuerdo 1887 de 2003 artículo 2.1.2 del Consejo Superior de la Judicatura.

SÉPTIMO: Se ORDENA la CONSULTA de esta sentencia ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal superior del Distrito Judicial de Antioquia en caso de no ser recurrida la misma en la oportunidad procesal.

OCTAVO: sin **CONDENAS EN COSTAS**, a la **AFP PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, por las consideraciones que anteceden.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia conoció del proceso con ocasión del recurso de apelación interpuesto por ambas partes y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, y mediante fallo del 8 de abril de 2016 resolvió:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL TERCERO DE LA SENTENCIA APELADA, y en su lugar condenar a **MADERAS DEL DARIÉN S.A.** al pago del cálculo actuarial que deberá ser liquidado por la respectiva entidad de seguridad social, en coordinación con la empleadora y la aceptación del fondo; a favor de los siguientes demandantes:

- Catalina Caicedo, por el periodo comprendido entre el 13 de mayo de 1969 y el 22 de marzo de 1984.
- Luis Ventura Cuesta 23 de marzo de 1969 y el 22 de marzo de 1984
- Tomás Amelio Mosquera, por el periodo comprendido entre el 4 de septiembre de 1970 hasta el 5 de mayo de 1985.

- *Hipólito Mena Palacios, por el periodo comprendido entre el 13 de mayo de 1973 a 17 de mayo de 1983.*
- *Emeterio Sánchez Romaña, por el periodo comprendido entre el 29 de mayo de 1985 y 2 de septiembre de 1986.*
- *Fernando González Meléndez, por el periodo comprendido entre el 21 de junio de 73 y 23 de octubre de 1990.*
- *Jorge Enrique Mosquera, por el periodo comprendido entre el 24 de febrero de 1966 y 2 de septiembre de 1986.*
- *Lucio Berrio Palacios, por el periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 1980 y 21 de abril de 1987.*

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la decisión apelada, para en su lugar absolver a *MADERAS DEL DARIÉN S.A.* respecto de las condenas de los accionantes *Marlenis Salas Valencia, Roberto Prado Martínez, Juan Sabino Urrutia, Fidel Palma Espinoza, Licinio Moreno, Aismery Antonio Palma Montoya, Jairo Antonio Palma, Damián Mena Romaña (compañera permanente Rosa Caicedo de Mena), Sergio Romaña (cuya compañera permanente Jorgelina Romaña Sánchez), José Marcial Urrutia, Horacio Cuesta, Andrés Avelino Murillo.*

TERCERO: CONFIRMAR la ABSOLUCIÓN RESPECTO DE LOS SEÑORES *HUMBERTO PALACIO CAICEDO, NALVAREZ ASPRILLA OSQUERA, ELIDO JOSÉ MOSQUERA, DANIEL ALLIN MENA.*

CUARTO: CONFIRMAR la condena respecto de los señores *Juan Cuesta Cuesta, Luis Felipe Moreno Moreno, Ortelano Blandón Mena, Edulfo Maquilón Rivas.*

QUINTO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia apelada. En su lugar se condena **EN COSTAS** a los demandantes *Marlenis Salas Valencia, Roberto Prado, Juan Sabino Urrutia, Fidel Palma, Licinio Moreno, Aismery Palma, Jairo Palma, Damián Mena Romaña (en cabeza de su compañera permanente Rosa Caicedo de Mena), Sergio Romaña (en cabeza de su compañera es Jorgelina Romaña Sánchez), Horacio Cuesta, José Marcial Urrutia, Horacio Cuesta y Jairo Antonio Palma, Andrés Avelino Murillo.* Se fijan agencias en derecho, en suma, equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, a cargo de cada uno de los accionantes, relacionados en este numeral.

SEXTO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral sexto de la sentencia apelada; para en su lugar condenar en **COSTAS** a *MADERAS DEL DARIÉN S.A.* y al pago de las agencias en derecho a favor de *Hipólito Mena Palacios, Emeterio Sánchez Romaña, Fernando González Meléndez, Jorge Enrique Mosquera Palacio, Lucio Berrio Palacio, Catalina Caicedo Ramos, Luis Ventura Cuesta Cuesta, Tomás Amelio Mosquera.* Respecto del señor *Elido Mosquera,* no cabe pronunciamiento, en tanto no se aceptó a la señora *Ercilia López* como su sucesora procesal.

SEPTIMO: CONFIRMAR en lo concerniente a la condena en costas y agencias en derecho al señor Humberto Palacio Caicedo y Elido José Mosquera.

OCTAVO: CONFIRMAR en todo lo demás.
Sin costas en esta instancia.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal centró su estudio, en los siguientes aspectos: *i)* si era susceptible ordenar el cálculo actuarial respecto de aquellos trabajadores cuya vinculación inició antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y de la llamada inscripción del ISS en la zona de Urabá; *ii)* si fue acertada la valoración probatoria, respecto de aquellos trabajadores que el *a quo* delimitó como carentes de afiliación al sistema de seguridad social en el régimen pensional; *iii)* la interpretación dada al literal c) del artículo 33 de la Ley 100 del 1993, en relación con la exigibilidad de la vinculación laboral; y *iv)* la exclusión del sistema para los trabajadores Nálvarez Asprilla Mosquera y Daniel Allin Mena.

Recordó que con la expedición de la Ley 90 de 1946, mediante la cual se creó el Instituto Colombiano de Seguro Social, la pensión de vejez pasó a ser un derecho de los trabajadores, el cual dejaría de estar en cabeza de los empleadores y lo asumiría un fondo administrador, así mismo, se refirió al artículo 72 de dicha ley, y precisó que, la Corte Constitucional, entre otras en sentencias T-398 de 2013, T 760 del 2014 y T 784 de 2010, entendió que cuando la norma se refiere a los aportes previos, lo hacía frente a la obligación que tenía el empleador de realizar los provisionamientos necesarios para cubrir las cotizaciones al

sistema de seguridad social, correspondientes al tiempo servido por el trabajador.

Agregó que el legislador impuso la obligación al empleador de hacer tales provisionamientos, no cotizaciones, los que luego se convertirían en cálculos actuariales correspondientes al tiempo servido por el trabajador para cuando el Instituto de Seguros Sociales asumiera el riesgo, esto es, cuando se extendiera su cobertura a todas las regiones del territorio nacional.

Al respecto, memoró la sentencia CSJ SL, 28 sep 2010, rad. 38833, en la que se indicó que, según el principio de progresividad, los trabajadores tiene derecho a contar con todo el tiempo laborado para la configuración de su derecho pensional, razón por la cual, sostuvo que, aún para la fecha en que inició el vínculo laboral, así el empleador no tuviera a su cargo la pensión del trabajador, por haber iniciado la cobertura del ISS en el sector de Urabá Antioqueño el 1º de agosto de 1986, no se exoneraba de reconocer tal concepto, como quiera que si se hubiese hecho la afiliación oportunamente, el empleador habría tenido que realizar las cotizaciones correspondientes desde dicha fecha, y como no fue posible, debía sufragarlos a través de un título pensional, previo cálculo actuarial.

En respaldo de lo anterior, indicó lo señalado en sentencias CSJ SL 173300-2014 y CSJ SL9856 -2014, en las que se precisó que la obligación del reconocimiento pensional por parte del empleador cesaba cuando se daba la

subrogación de la misma en la entidad de seguridad social, pero que los periodos anteriores a dicho fenómeno no podían omitirse y mucho menos afectar el derecho pensional del trabajador, así pues, afirmó que era deber del empleador responder ante el ISS con el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo.

Así las cosas, mencionó que en relación a la exigencia del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, debía entenderse en el sentido de que al trabajador se le deben reconocer todos los tiempos laborados, en aras de la integralidad del sistema y de la protección al trabajador, por lo que el empleador no puede omitir el pago de los tiempos laborados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL 7647- 2015). En ese orden de ideas, señaló que en relación a los demandantes Lucio Berrio Palacios, Catalina Caicedo, Luis Ventura Cuesta y Tomás Avelino Cuesta, a quienes se les finalizó el contrato de trabajo antes de la Ley 100 de 1993, se les debe tener en cuenta dichos periodos laborados para acceder al derecho pensional.

En relación a los trabajadores que fueron clasificados con afiliación no válida por la edad, el Tribunal precisó, que de acuerdo con el artículo 2º del Decreto 758 de 1990, dicho requisito, se mantuvo vigente en virtud de la remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, según el cual, quedaban excluidos de la protección contra los riesgos de invalidez y muerte de origen no profesional, y el riesgo de vejez, los trabajadores inscritos por primera vez al ISS, con 60 años de edad.

Así pues, advirtió que en relación a los demandantes Nalvarez Abella Mosquera y Daniel Allin Mena, estos cumplieron 60 años, el 15 de junio de 2005 y el 12 de febrero de 1999, y fueron afiliados el 30 de octubre de 2014 y el 31 de mayo de 2005, respectivamente, motivo por el cual, les aplicaba dicha norma, es decir, estaban excluidos de la protección frente a dichas contingencias, por lo tanto, su afiliación, más que inválida era ineficaz, por no producir efectos patrimoniales para los demandantes.

El Tribunal, en relación a la absolución que profirió el *a quo* por la carencia de afiliación al sistema, indicó que incurrió en un yerro en la valoración probatoria, en tanto al analizar la documental allegada, advirtió que los demandantes sí fueron afiliados al sistema de seguridad social.

Por otro lado, respecto a la inconformidad presentada por la entidad demandada, en relación con los trabajadores que resultaron favorecidos por el juez de primer grado, realizó la siguiente clasificación: *i)* demandantes con pensión compartida entre Maderas del Darién S.A. y Colpensiones; *ii)* demandantes con pensión a cargo de Colpensiones y, *iii)* demandantes con pensión a cargo de Maderas del Darién S.A.

De acuerdo con lo anterior y, luego de analizar el material probatorio, encontró que los demandantes Roberto Pardo, Juan Sabino Urrutia, Fidel Palma, Licino Moreno,

Aismeri Palma, Damián Mena Romaña, Sergio Romaña, Horacio Cuesta, José Marcial Urrutia, Horacio Cuarta y Jairo Palma, pensionados por la empresa, se les había indicado que la empresa continuaría cotizando al ISS, para que en el futuro el Instituto asumiera la obligación de su prestación, momento en el cual, a la Compañía le correspondería asumir la diferencia entre la prestación reconocida y la concedida por el Sistema, si hubiera lugar, lo que ocurrió en el caso de Andrés Acelino y Marlenis Salas Valencia, a quienes Colpensiones le reconoció la pensión de vejez.

En ese orden concluyó que el cálculo actuarial que habría de reconocerse, en virtud del tiempo frente al cual no había operado la subrogación pensional, cumple con la finalidad, únicamente de garantizar la prestación pensional de los trabajadores y no la sostenibilidad del sistema y en este caso queda cubierta a través de la cotización que hace la empresa, a partir de la fecha en que afilió a su trabajador hasta cuando opere la subrogación.

Por lo anterior, revocó la condena impuesta en primera instancia y en su lugar absolvió a la demandada del pago del título pensional respecto de este grupo de demandantes. De otra parte, en relación con los intereses moratorios, indicó que no existió condena por este concepto en primera instancia, motivo por el cual no era procedente pronunciamiento al respeto.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso fue interpuesto por Maderas del Darién S.A., concedido por el Tribunal a la referida empresa únicamente respecto de las condenas que fueron impuestas por los trabajadores Luis Ventura Cuesta Cuesta, Catalina Caicedo Ramos, Tomás Amelio Mosquera Urrutia, Fernando González Meléndez, Jorge Enrique Mosquera Palacios y Juan Cuesta Cuesta; y admitido por la Corte frente a los citados demandantes, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La parte recurrente demandada pretende que la Corte case parcialmente la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, revoque la decisión de primera instancia, en cuanto la condenó a emitir y pagar los títulos pensionales a favor de «*JUAN CUESTA CUESTA, LUIS FELIPE MORENO MORENO y EDULFO MAQUILÓN RIVAS*», y, en su lugar, la absuelva y provea en costas en las instancias y se confirme en todo lo demás.

Para ello formula un cargo por la vía directa, el cual fue replicado por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia impugnada de violar directamente, en

la modalidad de interpretación errónea, del siguiente elenco normativo:

[...] artículo 72 de la Ley 90 de 1946 y el artículo 33 parágrafo 1º, literal c (subrogado por el artículo 9º, parágrafo 1º, literal c. de la Ley 797 de 2003), lo que condujo a la falta de aplicación de las siguientes normas: Ley 100 de 1993, artículo 289; Ley 6ª de 1945, artículo 14; Ley 90 de 1946; artículos 9º, función 5ª y 75; Código Sustantivo del Trabajo, artículos 259 y 260; Ley 171 de 1961, artículo 8; Decreto 3041 de 1966, artículo 1º, que aprobó el Acuerdo 224 de 1966, expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, artículos 60, 61, 62 y 64; Decreto Ley 433 de 1971, artículo 7º; Decreto 3063 de 1989, por medio del cual se aprobó el Acuerdo 044 de 1989, expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, artículo 27; Constitución Nacional, artículos 58 (Reformado por el Acto Legislativo 01 de 1999, artículos 1º), y 230; Decreto 1887 de 1994, artículo 1º; Código de Régimen Político y Municipal, artículo 52 y 53.

En la demostración del cargo aduce que en un Estado de bienestar, instituido en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, las ramas del poder público y la sociedad deben tener en cuenta en su implementación el grado de desarrollo del país, siempre y cuando los medios económicos lo permita, porque de lo contrario, se produce «*un colapso financiero*», es decir, que no es acertado jurídica ni socialmente modificar dichas situaciones «*pretextando falencias del legislador, vulneración de principios, valores y derechos, transgrediendo la irretroactividad de la ley, destruyendo la confianza legítima en el Estado Social de Derecho y desconociendo que no existen derechos absolutos*».

Cita la sentencia CSJ SC, 26 nov. 2006, rad. 27186, para concluir que las normas que establecen sanciones no pueden válidamente aplicarse con efecto retroactivo.

Agrega que el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, no tiene ni el sentido ni el alcance que le dio el Tribunal, pues es claro que lo que indica es que, las prestaciones reglamentadas por la ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores, esto es, Ley 6ª de 1945 y los artículos 260 del CST y 8º de la Ley 71 de 1961, a cargo de los empleadores, seguirían rigiendo por tales disposiciones, hasta la fecha en que el Seguro Social las asuma por haberse cumplido con el aporte previo.

Indica que durante la vigencia de las relaciones laborales discutidas, el ISS hoy Colpensiones llamó a inscripciones obligatorias, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en el Municipio de Turbo- Antioquia, a partir del 1º de agosto de 1986, así por «*obvias*» razones no se cumplió por parte del empleador y los trabajadores el aporte previo exigido en los reglamentos de dicho instituto para que operara la subrogación y, dejar de aplicar las normas por las cuales se regularon las pensiones de jubilación durante la vigencia de las mismas, en los cuales no se causó ningún derecho pensional.

Señala que en ninguna parte de la norma denunciada, se indica que Maderas del Darién S.A., tuviese que trasladar cálculos actuariales al ISS, ni la hermenéutica empleada por el *ad quem* permite dicha inferencia, por el contrario, el artículo 72 de la citada Ley 90, al regular el régimen de transición con motivo del traslado de la obligación pensional del empleador al ISS, permite que no exista dicha posibilidad.

En ese orden, el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de la misma anualidad, que llamó a inscripciones obligatorias para cotizar por los riesgos de invalidez, vejez y muerte en algunas zonas del país, estableció un régimen de transición pensional, en sus artículos 60, 61 y 62, con fundamento en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946.

Dice que «*resulta obvio*» que el artículo 33 parágrafo 1º, literal c) (subrogado por el artículo 9º, parágrafo 1º, literal c) de la Ley 797 de 2003), fue aplicado en forma errada y retroactiva a unas situaciones definidas y consolidadas en los casos de los demandantes, antes del 1º de agosto de 1986, bajo mandatos diferentes, al considerar que Maderas del Darién S.A., en su condición de empleador, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, cuando dichas obligaciones habían dejado de existir con anterioridad o en forma concomitante a dicha calenda.

Arguye que Maderas del Darién S.A., no podía de acuerdo con la normativa vigente durante el tiempo que se presentaron las relaciones laborales, mantener en sus estados financieros la provisión de un cálculo «*probabilístico*» por una eventual obligación pensional, porque la regulación que imperó durante su ejecución no lo permitían, ni las entidades de control como la Superintendencia de Sociedades lo aceptaban, por tal razón, no existió una conducta sancionable, ni precepto alguno que

responsabilizara a la demandada de las obligaciones pensionales a favor de los demandantes.

Alega que es inadmisibile que se imponga una sanción por falta de afiliación al ISS para cotizar por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, porque existió una imposibilidad legal de realizar cualquier afiliación por los riesgos, antes del 1º de agosto de 1986, luego, es inaceptable que exista una conducta sancionable.

En tal dirección sostiene que, la Ley 100 de 1993 entró en vigencia a partir de su publicación, en armonía con lo dispuesto en los artículos 52 y 53 del Código del Régimen Político y Municipal, lo que pone de manifiesto la prohibición de aplicarse la ley en forma retroactiva a situaciones definidas y consolidadas con anterioridad a su publicación. Además, si el literal c) del párrafo 1º, del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, fue declarado exequible en la sentencia CC C506-2001, no resulta «apropiado» que la jurisprudencia cambie su contenido, para ampliarlo a vinculaciones laborales que no se encontraban vigentes, ni se iniciaron con posterioridad a la vigencia de la norma, pues de ser así, se trasgrede el artículo 230 de la Constitución, que dispone que los jueces están sometidos al imperio de la Ley.

Aclara que la Ley 90 de 1946 creó el Seguro Social obligatorio, pero el sistema solo comenzó a operar en determinadas zonas del país a partir del 1 de enero de 1967 y fue asumiendo los riesgos pensionales en forma paulatina a través del llamamiento a inscripciones obligatorias por

regiones. Así mismo, que el Acuerdo 224 de 1966 llamó a cotizar para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en algunas regiones del país, pero no se incluyó el municipio de Turbo (Antioquia), lugar donde prestaron servicios los señores Catalina Caicedo Ramos, Luis Ventura Cuesta Cuesta, Tomás Amelio Mosquera Urrutia, Fernando González Meléndez, Jorge Enrique Mosquera Palacios y Juan Cuesta Cuesta.

VII. RÉPLICA

Colpensiones aduce que la demanda de casación no contiene súplica respecto de dicha entidad, en la medida que no se reclama que le sea impuesta condena en su contra. Agrega que no le corresponde pronunciarse sobre si la empresa demandada es responsable de cancelar o no los títulos pensionales, dado que tal determinación debe ser adoptada por la justicia ordinaria laboral.

Por último, aclara que como administradora del régimen de prima media solamente le es dable reconocer y cancelar prestaciones, siempre y cuando los afiliados cumplan con los requisitos exigidos por la ley que regula la situación (f.º 59 a 60).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., advierte que como su vinculación se hizo de manera oficiosa y, por ende, nada se pidió en su

contra, el resultado no la puede afectar.

Indica que de mantenerse en firme la condena impuesta contra Maderas del Darién S.A., solo hasta que dicha entidad traslade los recursos al fondo que se hayan calculado actuarialmente podrán ser ingresados en la cuenta de ahorro individual de sus afiliados y, por ende, solo desde dicho momento serán considerados para determinar si a los demandantes les asiste algún derecho pensional en los términos establecidos por la ley.

Luego de citar *in extenso* la sentencia CSJ SL9856-2014, concluye que el Tribunal obró correctamente, pues con ello dio estricta observancia a la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, relacionada con la procedencia del cálculo actuarial (f.º 68 a 75).

VIII. CONSIDERACIONES

El juez de alzada confirmó la condena impuesta en primera instancia a la recurrente, consistente en pagar al ISS las sumas correspondientes al cálculo actuarial por el tiempo durante el cual los censores Catalina Caicedo Ramos, Luis Ventura Cuesta Cuesta, Tomás Amelio Mosquera Urrutia, Fernando González Meléndez, Jorge Enrique Mosquera Palacios y Juan Cuesta Cuesta estuvieron vinculados a través de un contrato de trabajo y no fueron afiliados, sin importar que ello se debió a la falta de cobertura territorial del ISS en el municipio en donde se desarrolló el contrato de trabajo.

Por su parte la censura, en esencia, dirige su ataque a obtener la absolución de la condena impuesta a su cargo. Para el efecto aduce que: *(i)* la cobertura territorial del ISS en el municipio en el que prestaron servicios los actores comenzó con posterioridad a la finalización del vínculo laboral, por lo que existía una imposibilidad legal de afiliar a los trabajadores sin que se le pueda endilgar culpa alguna por ello ni ser una conducta sancionable o reprochable de su parte; *(ii)* que se aplicó retroactivamente la Ley 100 de 1993 y la norma que la reformó, en la medida que, con fundamento en ésta, se resolvió una situación definida y consolidada bajo el imperio de reglas diferentes y *(iii)* que de acuerdo con el literal c) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es dable sumar el tiempo laborado no cotizado cuando se realice el correspondiente cálculo actuarial, pero «*siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993*», lo que no ocurrió en el caso.

Conforme a lo anterior, no existe discusión entre las partes sobre los siguientes supuestos fácticos: *i)* la existencia de los contratos de trabajo entre los demandantes y la sociedad demandada; *ii)* los extremos temporales de esas vinculaciones, *iii)* el lugar donde se prestaron los servicios y que el requisito legal de edad mínima para la pensión de vejez la cumplieron en vigencia de la Ley 100 de 1993, así:

- Juan Cuesta Cuesta el 21 de agosto de 2012.
- Fernando González Meléndez el 7 de septiembre de

2013.

- Jorge Enrique Mosquera Palacios el 20 de marzo de 1997.
- Catalina Caicedo Ramos el 21 de diciembre de 2000.
- Luis Ventura Cuesta Cuesta el 20 de noviembre de 2004.
- Tomás Amelio Mosquera Urrutia el 18 de marzo de 1996.

Para definir la controversia, la Sala debe recordar que inicialmente el empleador era el llamado a asumir la pensión en razón de los servicios que le fueron prestados y que, con posterioridad, con la creación del ISS, el riesgo fue subrogado por dicha entidad de forma paulatina y a medida que se iba ampliando el cubrimiento en las distintas regiones y municipios del país.

Mediante la Ley 90 de 1946 se consagró un sistema de transición progresivo y gradual de normas y responsabilidades frente al riesgo de vejez, cuyas reglas se desarrollaron través del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, normas que definieron bajo qué condiciones el Instituto de Seguros Sociales había subrogado total o parcialmente a los empleadores en el pago de las pensiones de jubilación establecidas en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y, en ese mismo orden, en qué eventos el empleador conservaba la obligación de reconocer y pagar esa prestación. La entrada en operación del ISS se dio a partir del año de 1967 en algunas ciudades del país.

Ahora, frente a la obligación del empleador aquí debatida, debe señalarse por la Sala, como lo ha hecho en otros casos similares, que desde la misma Ley 90 de 1946, se estableció que para que el ISS asumiera el riesgo de vejez frente a servicios prestados con anterioridad a dicha normativa, el empleador debería aportar las cuotas partes correspondientes, ello con el objetivo que el empleador asuma las responsabilidades propias de su calidad a través de un cálculo actuarial, a fin de que la persona consolide su derecho pensional. En efecto, en sentencia CSJ SL9865-2014 se dijo:

[...] Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su 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 lectura del 1613 del C.C., 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.

*Precisamente 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 patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

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

Si bien la Corte tuvo con anterioridad diversos criterios, en punto a la responsabilidad del empleador ante la ausencia de aportes a pensión en periodos de tiempo en que no había cobertura del ISS en algunas regiones del país, pues inicialmente sostuvo que no se le podía endilgar responsabilidad – tesis que plantea la censura - y en otras ocasiones, que el empleador debía contribuir a la financiación de la prestación por vejez con ocasión de la prestación de servicios, en la actualidad existe una sólida postura jurisprudencial tendiente a que el empleador asuma responsabilidad por los tiempos trabajados y no cotizados, a través del pago del cálculo actuarial a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador pueda completar la densidad de cotizaciones exigida por la ley para acceder a la pensión. (CSJ SL4629-2019).

En efecto, mediante la sentencia a la que hace alusión la réplica CSJ SL9856-2014 la Sala estableció: *i)* que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de

manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; *ii*) que los periodos de no afiliación por falta de cobertura debían estar a cargo del empleador, por ser responsable del riesgo pensional, y *iii*) que en los casos en que el trabajador no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, lo procedente es *«facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social»*.

Inclusive, es viable el reconocimiento del cálculo actuarial tratándose de tiempos de servicios anteriores al 1 de enero de 1967, por ser un de periodo en el que el empleador tenía a su cargo el reconocimiento de la pensión y, pese a la subrogación, conservaba ciertos compromisos pensionales, entre ellos, contribuir con la financiación de la pensión a través del referido cálculo. En efecto, en providencia CSJ SL939-2019, la Corte expuso lo siguiente:

La referida orientación jurisprudencial también la ha aplicado la Corte en casos de tiempos de servicios anteriores al 1 de enero de 1967, cuando inició la cobertura de los riesgos de IVM por el Instituto de Seguros Sociales, como en este caso, bajo la consideración de que son lapsos en los que el empleador tenía a su cargo el reconocimiento de la pensión y, pese a la subrogación, conservaba ciertos compromisos pensionales, que se traducen en contribuir a la financiación de la pensión, a través del pago de los tiempos mediante cálculo actuarial. (Ver CSJ SL760-2018, CSJ SL5541-2018, CSJ SL3547-2018, CSJ SL3524-2018, CSJ SL2036-2018, CSJ SL1515-2018, entre otras). En la sentencia CSJ SL197-2019 se explicó al respecto:

*La aplicación de los anteriores criterios jurisprudenciales para la situación de omisión en estudio, implica que **si bien los empleadores de trabajadores que tenían menos de diez años de servicio al momento en el que el ISS asumió el riesgo de vejez, quedaron subrogados de reconocer esa prestación económica, ello no los exime***

de su responsabilidad pensional por el tiempo en el que no hubo cobertura, y en particular, de contribuir a la financiación de la pensión por el periodo efectivamente laborado por el trabajador, incluso si con ello, el empleado no alcanza a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, toda vez que aquel puede seguir cotizando para obtenerla; y si de todas formas no la obtiene, esos recursos son del sistema de seguridad social.

Ello, se reitera, porque no se desconoce el trabajo del afiliado y garantiza el reconocimiento de la prestación de vejez, sin resquebrajar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social por las cotizaciones sufragadas.

En virtud de lo expuesto, los periodos servidos por el actor entre el 15 de julio de 1957 y el 31 de diciembre de 1966 no legitimaban la imposición de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, a cargo de la empresa demandada, sino el reconocimiento de los tiempos servicios, como tiempos cotizados, con el consecuente pago de un cálculo actuarial a cargo de la empresa.

Además, se destaca que, acorde con el criterio de la Sala, por los periodos en que no se efectuaron cotizaciones por falta de cobertura del ISS, el empleador conserva responsabilidades que se encuadran dentro del literal c) del párrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, tal y como ocurrió en el *sub lite*; de ahí que el Tribunal no incurrió en la interpretación errónea de tal disposición. En efecto, en sentencia CSJ SL2138 -2016 se indicó:

En torno a este tópico, 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 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. (subraya la Sala).

Refuerza lo anterior, la circunstancia de que la jurisprudencia de la Sala ha entendido que el lapso en el que debe entenderse que el empleador tenía a su cargo el pago y reconocimiento de pensiones, comprende el periodo en el que el trabajador prestó sus servicios sin que se efectuaran cotizaciones, sin importar las razones que generaron tal omisión.

En efecto, recuérdese que los empleadores que tienen o han tenido a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones de sus trabajadores, incluye aquellos frente a los cuales se reclama la habilitación del tiempo durante el cual no se efectuaron aportes mientras el vínculo laboral estuvo vigente.

Al respecto, en sentencia CSJ SL 22 jul. 2009, rad. 32922, reiterada en CSJ SL2849-2018 y CSJ4629-2019, se explicó:

[...] La condición de empleador que tiene o ha tenido a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones de sus trabajadores, para que se cumpla, basta que lo sea con uno de ellos, con el que reclama la habilitación del tiempo en la seguridad social, por el que no se hizo aporte mientras el vínculo laboral estuvo vigente.

El lapso de anterioridad al que remite la Ley 100 de 1993, para determinar si el empleador es de aquellos que reconoce y paga pensiones, no se limita al inmediatamente anterior a la de la vigencia de la nueva normatividad; una similar remisión es la que hace el régimen de transición del artículo 36 ibidem, y respecto a la cual es oportuno recordar lo que enseñó la Sala, y que tiene aplicación en el sub lite, en sentencia del 20 de febrero de 2007, radicación 29120, cuando dijo:

El régimen al cual se encuentre afiliado se ha de entender cualificadamente, esto es, en el sentido de valer aquel que tenga la virtualidad de habilitarlo para acreditar requisitos para el régimen oficial bajo el cual se encuentre.

De igual manera el periodo que se ha de tomar, respecto al cual el empleador tenía a su cargo el pago y reconocimientos de pensiones, es todo aquel por el que el trabajador prestó sus servicios al empleador sin que se efectuaran las cotizaciones a una entidad de seguridad social, el mismo que el trabajador tiene derecho se le habilite en el Sistema General de Pensiones, mediante la contribución a pensiones correspondiente. (subrayado fuera del texto original).

Todo lo anterior para significar que el empleador tiene la obligación de responder por el tiempo laborado por sus trabajadores y frente a los cuales no se efectuaron aportes por razones ajenas a su voluntad, a través del cálculo actuarial, a fin de que sus trabajadores logren obtener el derecho a la pensión de vejez. En tal sentido, no resultaría equitativo ni justo con el trabajador, desconocerle el tiempo que efectivamente trabajó, menos aún, que el empleador no asuma compromisos frente al sistema de seguridad social por el tiempo laborado, al margen de que la ausencia de afiliación

no estuviere originada en su negligencia y se debiera a la falta de cobertura territorial del ISS.

De otra parte, tampoco le asiste razón a la censura al señalar que se efectuó una aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993 y su modificación, en la medida en que, al analizar las consecuencias de la no afiliación al sistema de pensiones, las normas que resultan aplicables son las vigentes al momento en que se causa la pensión y no las del momento en que se omitió dicho deber, al margen de la causa que haya originado tal situación (CSJ SL14388-2015 y CSJ SL2138-2016). En efecto, al respecto se ha indicado:

[...] 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 (CSJ SL2731-2015 y SL14388-2015, reiterada en CSJ SL14215-2017, CSJ SL098-2018 y CSJ SL4629-2019).

En ese sentido, no se aplica la norma vigente para cuando se desarrolló la relación laboral en la cual no se efectuaron aportes, sino la disposición que rige para cuando se cumplen los requisitos para acceder a la pensión. En tal sentido, si los trabajadores cumplieron la edad para pensionarse cuando ya estaba vigente la Ley 100 de 1993, tal como se especificó preliminarmente respecto de quienes interpusieron el recurso extraordinario, es ésta la norma llamada a regular las consecuencias de la no afiliación del

mencionado trabajador por razón de la falta de cobertura territorial del ISS en el municipio donde prestaba sus servicios, al margen de que tales hechos hubieran ocurrido años atrás de la vigencia de tal disposición (CSJ SL4629-2019).

Por último, en lo atinente al reparo relacionado con que de acuerdo con el literal c) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es dable sumar el tiempo laborado no cotizado cuando se realice el correspondiente cálculo actuarial, pero *«siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993»*, esta Corporación ha considerado que la exigencia –sobre la vigencia del contrato de trabajo para abril de 1994 - no es relevante para efectos del cálculo actuarial.

Al respecto, la Sala ha sostenido que: *i)* la solución ante la ausencia de afiliación y de cotizaciones originada en falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales no puede depender de que la relación laboral hubiera estado vigente para determinada fecha; *ii)* que la exigencia de que exista contrato para una calenda específica resulta contraria a los postulados de la seguridad social, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional y encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador, sin que tenga incidencia, en principio, la época en la que se desarrolló la relación laboral y, *iii)* la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se

presentaron en el pasado, por cualquier causa, ello con el objetivo de garantizarle una protección a los afiliados en sus contingencias, para lo cual no es relevante que el contrato esté vigente para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En efecto, en sentencia CSJ SL939-2019 y reiterada recientemente por la Sala en CSJ SL4629-2019 se indicó:

Por otra parte, en el marco de su jurisprudencia, la Corte ha aleccionado que, contrario a lo dicho por la censura, la vigencia del contrato de trabajo en abril de 1994 constituye un presupuesto intrascendente, a la hora de definir la procedencia de acumular tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial. Ha dicho la Sala en ese sentido:

Es cierto, como lo resalta el censor, que el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, dispone que la integración del tiempo servido a empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento de la pensión, se da «...siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.»

No obstante, para la Sala resulta preciso recordar que no fue solo esa disposición la que le dio fundamento a la decisión del Tribunal, sino que también sirvieron a ese propósito, entre otros, la filosofía y los principios de integralidad y universalidad consignados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, y, para este caso, la vocación de permanencia de la afiliación al sistema, que no puede verse afectada por el ejercicio del ius variandi, cuestión que no fue controvertida por la censura.

Además de lo anterior, para la Sala la solución del pago de cálculos actuariales, por empleadores que no pagaron aportes debido a la falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a la que acudió el Tribunal, no puede hacerse depender de que la relación laboral hubiera estado vigente para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o para el 23 de diciembre de 1993, como lo disponía el Decreto 1887 de 1994.

En este aspecto, desde las sentencias CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 42398 y CSJ SL646-2013 esta Sala de la Corte ya había justificado la necesidad de inaplicar ese tipo de condicionamientos, por ser contrarios a la intención del legislador plasmada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993,

modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. En dichas decisiones se recalcó que «...la Ley 797 de 2003 no estaba creando por primera vez la obligación del empleador de responder por el tiempo servido por el trabajador sin la afiliación debida, puesto que esta obligación, en esencia, ha existido desde el momento mismo en que surgió, para este, la obligación de afiliar al trabajador al ISS. Con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 lo que se quiso fue adecuar al régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993, la forma de hacer el cómputo de los tiempos laborados por el trabajador para un empleador que fue omiso en su deber de afiliación al régimen de pensiones, en cualquier época...»

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

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

Cabe decir también que la Corte Constitucional, haciendo eco, entre otras, de la jurisprudencia de esta Sala, ha sostenido que «...el juez de la causa concreta debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el aparte normativo “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993” contenida en el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y en la expresión similar contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y ordenar en su lugar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador.» Sentencia T 410 de 2014.

Como conclusión, el Tribunal tampoco incurrió en error jurídico alguno al considerar que no era relevante «...la circunstancia de que el contrato del trabajador estuviere o no vigente al momento de la expedición de la Ley 100 de 1993...» (CSJ SL2138-2016).

En ese contexto, es claro que el *ad quem* no incurrió en los yerros jurídicos endilgados, en razón a que no se equivocó al avalar la condena por concepto de cálculo actuarial a la luz del literal c) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 impuesta a la recurrente, en su calidad de empleadora de los señores Luis Ventura Cuesta Cuesta, Catalina Caicedo Ramos, Tomás Amelio Mosquera Urrutia, Fernando González Meléndez, Jorge Enrique Mosquera Palacios y Juan Cuesta Cuesta.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de Maderas del Darién S.A., recurrente en casación, dado que su demanda no salió adelante y tuvo réplica. Se fijan como agencias en derecho la suma de ocho millones de pesos \$8.000.000.00 M/cte. a favor de la opositora Porvenir S.A., pues Colpensiones no se opuso en estricto sentido a la demanda de casación, que se incluirá en la liquidación que practicará conforme al artículo 366 del Código General del Proceso.

IX. 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 Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia, el 8 de abril de 2016, en el proceso ordinario laboral que instauraron **JUAN CUESTA CUESTA, ROBERTO PRADO MARTÍNEZ, JUAN SABINO URRUTIA, HIPÓLITO MENA PALACIO, EMETERIO SÁNCHEZ ROMAÑA, FIDEL PALMA ESPINOSA, HUMBERTO PALACIO CAICEDO, AISMERI ANTONIO PALMA MONTOYA, ANDRÉS AVENILO MURILLO, MARLENIS SALAS VALENCIA, NALVAREZ ASPRILLA MOSQUERA, FERNANDO GONZÁLEZ MELÉNDEZ, JORGE ENRIQUE MOSQUERA PALACIOS, LUCIO BERRIO PALACIOS, JAIRO ANTONIO PALMA ARROYO, LICINIO MORENO, CATALINA CAICEDO RAMOS, LUIS VENTURA CUESTA CUESTA, TOMÁS AMELIO MOSQUERA URRUTIA, HORACIO CUESTA PEREA, EDILGO MAQUILÓN RIVAS, EDULFO JOSÉ MOSQUERA, JORGELINA ROMAÑA SÁNCHEZ** (compañera permanente de supérstite del señor DAMIAN MENA ROMAÑA), **JOSÉ MARCIAL URRUTIA, DANIEL ALLIN MENA, LUIS FELIPE MORENO MORENO y ORTELEANO BLANDÓN** contra la recurrente, trámite al que se vinculó al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES,** hoy **COLPENSIONES., COLFONDOS S.A. y HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** hoy **PORVENIR 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