

TEMA: CÁLCULOS ACTUARIALES - Representados en títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador complete la densidad de cotizaciones exigida por la ley; esto es, bajo el entendido que el derecho a la seguridad social es irrenunciable e inalienable. /

HECHOS: La señora (MEOC) pretende que se declare que, entre ella y el señor (FLAM), existió un contrato de trabajo a término indefinido, que se declare que el despido o la terminación del contrato de trabajo por parte del accionado es ineficaz por encontrarse en estado de debilidad manifiesta por su estado de salud, que como consecuencia se condene al reintegro y al pago de todo lo dejado de percibir inclusive lo relacionado con los regímenes de pensión, salud y cesantías. El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bello Antioquia, concedió las pretendimos de la demanda. Deberá la Sala debe determinar si al empleador, le asiste obligación de responder por el tiempo laborado y no cotizado con respecto a la demandante.

TESIS: En la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2009 rad. 35211, reiterada en la SL1094-2022, el órgano de cierre sostuvo que, si bien la afiliación y las cotizaciones hacen parte de la relación jurídica de seguridad social y tienen una íntima vinculación, son conceptos jurídicos distintos, que están llamados a producir efectos disímiles. Entendiéndose por afiliación la puerta de acceso al sistema de seguridad social, que genera la pertenencia del afiliado al mismo y permite el surgimiento de todos los derechos y obligaciones, consagrados a su favor y a cargo de los asegurados, empleadores, administradoras o entes gestores; mientras que la cotización es solo una de las obligaciones que emanan de la pertenencia al sistema de seguridad social, que, como ya se explicó, deriva, justamente, de la afiliación. (...) Al concurrir las obligaciones entre los empleadores y las administradoras, su omisión no puede afectar al afiliado que cumplió con lo propio, esto es, trabajo y aporte al sistema, previamente descontado del pago mensual de su salario. CSJ SL358-2021 y SL1807-2022. (...) La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL4103-2017, reiterada en las SL21506-2017; SL4968-2020, SL1807-2022, SL138-2022, y SL169-2024, donde se ilustró claramente la distinción entre las consecuencias en la incursión en mora en las cotizaciones y la ausencia de la afiliación al Sistema, frente al riesgo de vejez o de sobrevivencia, veamos: Así las cosas, se repite, las pensiones de vejez se conciben en función de la conformación de un mínimo de capital, respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de sobrevivientes se conciben en función de un aseguramiento del riesgo, respecto del cual la integración de aportes no tiene la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias. Por esa razón, la orientación jurisprudencial que defiende el pago de cálculos actuariales y la responsabilidad de las administradoras de pensiones, a la que se hizo alusión, no puede ser irrestrictamente aplicable en tratándose de pensiones de sobrevivientes. (...) En el caso concreto; Descendiendo a la situación específica de la demandante es evidente para la Sala que los periodos sobre los cuales se ordenó al pago de un CÁLCULO ACTUARIAL No estaban antecedidos de una afiliación, así se depende de la HISTORIA LABORAL aportada (...), pues nótese que, en los meses de enero de 1998, y diciembre de 2009, el empleador había reportado la desafiliación y/o retiro del sistema general de pensiones. Requiriéndose por tanto de una nueva afiliación, para formalizar los posteriores contratos de trabajo que fueron suscribiendo las partes, y al haberse omitido esta obligación por parte del empleador, la única solución viable era la de efectuar el pago del cálculo actuarial liquidado a satisfacción por la administradora o fondo de pensiones, obligación legal, que tiene su fundamento en el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, donde se establecieron los requisitos para obtener la pensión de vejez, veamos: "PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; b) El tiempo de servicio como

servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados; c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador. e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. (...) De los anterior se desprende, que la figura del cálculo actuarial, impide que el trabajador tenga que soportar las consecuencias por la falta de afiliación atribuible a su empleador, y, en consecuencia, garantiza que sus derechos mínimos e irrenunciables no se vean afectados por dicha omisión, pues a través de esa institución, el legislador permite que el periodo en que no se hicieron los aportes a un fondo pueda contabilizarse dentro de su historial de semanas de cotización. De ahí que constituye una solución equilibrada para los casos de omisión de la afiliación, dado que no solo permite materializar la finalidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, sino la sostenibilidad del mismo, sin perjuicio de las prerrogativas de los trabajadores Corte Suprema de Justicia - Sentencia STL11357-2021. (...) la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que es viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, sean computados a través de cálculos actuariales representados en títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador complete la densidad de cotizaciones exigida por la ley; esto es, bajo el entendido que el derecho a la seguridad social es irrenunciable e inalienable. (...) En efecto, y dado que la sentencia de primer grado se encuentra acorde al criterio jurisprudencial expuesto, y que no existen más motivos de inconformidad frente a la misma, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia objeto de apelación.

MP. MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

FECHA: 24/05/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	MARTA EULALIA OQUENDO CARO
DEMANDADO	FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE
RADICADO	05088-31-05-002-2022-00226-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Relación laboral y calculo actuarial
DECISIÓN	Confirma

Medellín, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede la Sala a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **MARTA EULALIA OQUENDO CARO** contra el señor **FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE**.

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 019**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, resolver el recurso de apelación formulado por la apoderada judicial del demandado FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE, respecto a la sentencia que profirió el Juzgado Segundo Laboral

del Circuito de Bello - Antioquia, en la audiencia pública celebrada el día 6 de junio de 2023, dentro del proceso referenciado.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la señora MARTA EULALIA OQUENDO CARO se vinculó laboralmente al servicio del señor FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE, el día 16 de octubre de 1995, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, para laborar en el cargo de oficios varios, en el establecimiento de comercio denominado “HELADOS SAN FRANCISCO”, ubicado en el Municipio de Bello – Ant, y percibiendo como salario el mínimo legal.

Que la prestación del servicio se dio en forma continua e ininterrumpida entre el 16 de octubre de 1995 y el 17 de diciembre de 2021, en el mismo lugar y horario de trabajo, siguiendo las instrucciones del señor FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE, quien de manera arbitraria en la última temporada le hizo firmar a la demandante un contrato de trabajo a término fijo de 3 meses, queriendo cambiar así la modalidad contractual.

También aduce la parte activa, que la afiliación al sistema de seguridad en pensiones inició apenas el 1 de febrero de 1996, y las cotizaciones se hicieron utilizando el nombre de “FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE” “HELADOS SAN FRANCISCO”, y de la señora “ANA ARBELÁEZ MONSALVE”, hermana del demandado.

Señala el libelo genitor que, durante la vigencia de la relación laboral, la actora comenzó a padecer de varias enfermedades (diabetes mellitus; hipertensión esencial, hipotiroidismo, hiperlipidemia, trastornos de discos intervertebrales, entre otras), que derivaron en incapacidades médicas.

Que el 17 de diciembre de 2021 la demandante fue despedida sin justa causa, y sin consideración a sus condiciones de salud, de las cuales tenía pleno conocimiento el empleador, como también de las restricciones y recomendaciones médico laborales, tampoco se solicitó autorización al

Ministerio de Trabajo, para proceder con el despido, a sabiendas que contaba con estabilidad laboral reforzada.

Señala que a pesar de haberse dado una relación laboral continua e ininterrumpida, los aportes a la seguridad social sí tuvieron interrupciones en algunos periodos, y también le quedaron adeudado el auxilio de cesantías, y las prestaciones sociales que le fueron pagadas a la terminación del contrato de trabajo fue de forma deficitaria.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que SE DECLARE lo siguiente:

PRIMERO: *Se declare que la Señora MARTA EULALIA OQUENDO CARO, prestó sus servicios personales ante el Señor FERNANDO LEÓN ARBELAEZ MONSALVE, en calidad de empleador y propietario del establecimiento de comercio “HELADOS SAN FRANCISCO”, desde el día 16 de Octubre del año 1995, de manera continua e ininterrumpida hasta el día 17 de Diciembre del año 2021, fecha en la cual despidieron al trabajadora de manera injusta y unilateral.*

SEGUNDO: *Se Declare que de conformidad a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, lo que unió a las partes fue un contrato de trabajo a término indefinido.*

TERCERO: *Se declare que el despido o la terminación del contrato de trabajo de la Señora MARTA EULALIA OQUENDO CARO por parte de los accionados es ineficaz de conformidad con la Ley 361 del año 1997, es decir, por encontrarse en estado de debilidad manifiesta por su estado de salud.*

CUARTO: *Se declare que la demandante nunca fue afiliada a un fondo de cesantías.*

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicito se CONDENE al accionado FERNANDO LEÓN ARBELAEZ MONSALVE, al pago de los siguientes conceptos:

PRINCIPAL:

REINTEGRO
SALARIOS INSOLUTOS
PRESTACIONES SOCIALES, VACACIONES Y APORTES A LOS
RIESGOS DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE POR EL TIEMPO QUE
ESTÉ DESVINCULADA SANCIÓN DE 180 DÍAS (LEY 361 DEL AÑO
1997)
INDEXACIÓN
CONDENAS EXTRA Y ULTRA PETITA
AGENCIAS Y COSTAS PROCESALES

SUBSIDIRARIAS:

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO

SANCIÓN 180 DÍAS ARTÍCULO 25 LEY 361 DEL AÑO 1997

RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES, TALES COMO:

*CESANTÍAS, INTERESES A LAS CESANTÍAS, PRIMAS DE SERVICIO
Y VACACIONES POR TODO EL TIEMPO LABORADO*

SANCIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL C.S.T.

*SANCIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990
POR LA NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS A UN FONDO*

*APORTES A LOS RIESGOS DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE POR
EL TIEMPO LABORADO Y NO COTIZADO*

INDEXACIÓN

CONDENAS EXTRA Y ULTRAPETITA

COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO”

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

El demandado, a través de su apoderada judicial dio respuesta oportuna a la demanda según consta a folios 4 al 10 del archivo PDF 006, manifestando frente a los hechos narrados por la activa, que la vinculación laboral con la actora, se dio bajo la celebración de varios contratos de trabajo a término fijo, que finalizaban los 31 de diciembre de cada año, momento en que le eran pagadas sus prestaciones sociales, incluyendo cesantías e intereses a las cesantías, iniciando el primer de estos contratos en el mes de febrero de 1996.

También indicó la réplica que, durante el desarrollo de los diferentes contratos de trabajo, la demandante abandonó su puesto de trabajo, así ocurrió en el mes de febrero de 2000 para luego regresar en el mes de abril de 2002, ocurriendo un segundo abandono en el mes de enero de 2007, para luego retornar el 6 de junio de 2008, y finalmente se dio un tercer abandono en el mes de marzo de 2019, y luego regresó en el mes de octubre de 2019.

Aceptó el salario percibido por la demandante, y aseguró que las enfermedades que esta padece no son de origen laboral, siempre se le

otorgaron los permisos para sus tratamientos médicos, y en una oportunidad se le adelantó su periodo de vacaciones, y se le permitió laborar 5 horas diarias, sin que le consten los restantes supuestos fácticos, los cuales deberán ser objeto de debate probatorio en la litis, oponiéndose a la prosperidad de todas las pretensiones formuladas.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En el fallo objeto de apelación, el juez *A Quo* en audiencia pública de juzgamiento, celebrada el 6 de junio de 2023, DECLARÓ que entre la señora MARTA EULALIA OQUENDO CARO y el señor FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE, existieron 4 contratos de trabajo, que tuvieron los siguientes extremos:

1. Entre el 22 de febrero de 1996 y el 31 de agosto de 1999;
2. Entre el 31 de diciembre de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2006;
3. Entre el 1 de junio de 2008 y el 22 de marzo de 2019;
4. Entre el 31 de octubre de 2019 y el 17 de diciembre de 2021.

En consecuencia, CONDENÓ al señor FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE a trasladar a COLPENSIONES, el valor actualizado del título o cálculo actuarial en favor de la señora MARTA EULALIA OQUENDO CARO, causado por los siguientes períodos:

1. Entre el 1 de marzo de 1998 y hasta el 31 de agosto de 1999;
2. Entre el 30 de abril de 2002 y hasta el 28 de febrero de 2004;
3. Entre el 1 y el 31 de enero de 2010.

Para tal fin dentro de los 30 días calendario siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, ordenó al demandado a acudir a COLPENSIONES a solicitar la expedición de un cálculo pensional para el pago de los respectivos aportes, los cuales deberán liquidarse teniendo en cuenta el SMMLV para la correspondiente anualidad en que se causaron.

Indicó que una vez realizada la liquidación por parte de COLPENSIONES, dentro de los 30 días calendario siguientes, el señor FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE deberá realizar el pago del cálculo actuarial de su trabajadora, la señora MARTA EULALIA OQUENDO CARO.

También CONDENÓ al señor FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE a realizar el pago de los aportes en mora a su cargo por el período comprendido entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2006.

Y finalmente impuso las costas del proceso en la primera instancia a cargo del demandado y a favor de la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.160.000

Como fundamento de su decisión, estimó la juez de primer grado que, para resolver la problemática, debía partirse necesariamente de la historia laboral, y lo confesado por demandante en su interrogatorio de parte, donde acepta la existencia de varias relaciones laborales.

Que según la historia laboral, la actora registra una afiliación inicial en el mes de febrero de 1996, a través de dos empleadores "HELADOS SAN FRANCISCO" y "FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE", luego en febrero de 1998 se reporta un retiro, después aparece una segunda afiliación en el mes de marzo, y más adelante a partir del mes de diciembre de 2005, el empleador incurre en mora, al no realizar cotizaciones, las cuales apenas se reactivan en el ciclo de junio de 2008, realizándose un nuevo retiro en el mes de diciembre de 2009.

En febrero de 2010, hay una nueva afiliación, y se reporta la novedad de retiro en el ciclo de marzo de 2019, y finalmente, la última afiliación data del mes de enero de 2020, y va hasta el 10 de diciembre de 2021, cuando se presenta el retiro.

Que, si bien era carga del trabajador demostrar los extremos de los contratos de trabajo, para lo cual se podría acudir a una prueba aproximativa, ninguno de los testigos allegados por las partes, supo dar certeza los periodos

de prestación de servicio, pues todos incurrieron en indeterminación, por lo que los extremos de los contratos se deben extraer de lo confesado por las mismas partes en sus interrogatorios de partes así:

Primer contrato de trabajo, - entre el 22 de febrero de 1996 (afiliación inicial) y el 31 de agosto de 1999 (lo confesado por ambas partes).

Segundo contrato de trabajo, - entre el 30 de abril de 2002 (contestación a la demanda – pagina 293) y hasta el 31 de diciembre de 2006 (así lo aceptó la propia demandante).

Tercer contrato de trabajo, - entre el 1 de junio de 2008 (cuando se reactivaron las cotizaciones al sistema) y el 22 de marzo de 2019 (confesión).

Cuarto contrato de trabajo, - entre el 31 de octubre de 2019 (confesión de las partes) y el 17 de diciembre de 2021 (aceptación de ambas partes).

Que, durante esos extremos, el empleador tenía por obligación afiliar al trabajador al sistema general de pensiones (art. 15 de la Ley 100 de 1993), y por ello le corresponde el pago de un cálculo actuarial, conforme lo señalado por la jurisprudencia de la CSJ, en aquellos periodos en los que no obra cotización:

- 1° de marzo de 1998 y el 31 de agosto de 1999.
- 30 de abril de 2002 y el 28 de febrero de 2004.
- 1 al 30 de enero de 2010.

VI. – RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La apoderada judicial del demandado, manifestó su inconformidad frente a la condena impuesta en la primera instancia, pues según refiere el demandado, ya se puso al día en el pago de los aportes pensionales que hacían falta, como podría verse en caso de contarse con una historia laboral

más actualizada, que aquella valorada por el a quo al momento de resolver la instancia.

Motivos por los cuales, solicita se modifique la sentencia, en el sentido de ABSOLVER al demandado de todas las pretensiones formuladas en su contra, pues dicha parte ya saneó su deuda ante COLPENSIONES.

Alegatos de conclusión.

Encontrándose dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la apoderada judicial del demandado FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE presentó sus alegatos de conclusión ante esta instancia, insistiendo en la improcedencia de la condena al pago de un cálculo actuarial, por cuanto con anterioridad a la fecha del fallo de primera instancia el señor FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE en compañía de la señora MARTA EULALIA OQUENDO CARO se trasladaron a COLPENSIONES y el señor ARBELÁEZ MONSALVE saneó todos los aportes que podría deber ante el fondo de pensiones.

Dicho soporte no fue posible aportarlo al proceso debido a que en el momento que se celebró la audiencia aún estaba en un proceso de verificación de fechas; motivos por los cuales deberá revocarse la condena en primera instancia, teniendo en cuenta que el objeto de la sentencia ya es un hecho superado desde antes de darse fallo de primera instancia, debiéndose exonerar al demandado del pago de las costas y agencias.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da

mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. –Relación laboral y cálculo actuarial, tiempo laborado y no cotizado.

Teniendo en cuenta el recurso de apelación impetrado, el cual delimita la competencia de la Sala en la segunda instancia, las controversias jurídicas que debe resolver la Sala, consisten en determinar, si al empleador FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE, le asiste obligación de responder por el tiempo laborado y no cotizado con respecto a la trabajadora MARTA EULALIA OQUENDO CARO, por los periodos comprendidos entre el 1° de marzo de 1998 y el 31 de agosto de 1999, del 30 de abril de 2002 al 28 de febrero de 2004, y del 1 al 30 de enero de 2010, y en caso afirmativo, determinar cuál sería la figura aplicable para efectuar el pago de dicha obligación.

Debe advertirse, que en el *sub lite* no es materia de controversia la existencia cuatro (4) contratos de trabajo entre la señora MARTA EULALIA OQUENDO CARO (trabajadora) y el señor FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE (empleador), como tampoco sus extremos temporales, y la no afiliación y cotización al sistema de seguridad social en pensiones, pues tales supuestos fácticos fueron declarados como probados en la sentencia de primera instancia, la cual no fue objeto de apelación por las partes.

Y si bien la apoderada judicial del demandado, señaló en su recurso de alzada, y posteriormente en sus alegatos de segunda instancia, que el demandado FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE ya se encontraba al día en el pago de los aportes pensionales, al momento de proferirse la sentencia de primera instancia, no aportó prueba alguna frente a tal situación, esto es, el CÁLCULO ACTUARIAL liquidado a satisfacción por COLPENSIONES y pagado oportunamente por el empleador.

Pues al tratarse de un evento de no afiliación al sistema general de pensiones, el pago de las cotizaciones faltantes, solo podía operar a través de la figura del CÁLCULO ACTUARIAL, la cual permite trasladar al SISTEMA GENERAL DE PENSIONES una reserva actuarial a cargo del empleador o

trabajador independiente que omitió el deber de afiliar a sus trabajadores o de reportar la novedad de ingreso.

En la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2009 rad. 35211, reiterada en la SL1094-2022, el órgano de cierre sostuvo que si bien la afiliación y las cotizaciones hacen parte de la relación jurídica de seguridad social y tienen una íntima vinculación, son conceptos jurídicos distintos, que están llamados a producir efectos disímiles.

Entendiéndose por afiliación la puerta de acceso al sistema de seguridad social, que genera la pertenencia del afiliado al mismo y permite el surgimiento de todos los derechos y obligaciones, consagrados a su favor y a cargo de los asegurados, empleadores, administradoras o entes gestores; mientras que la cotización es solo una de las obligaciones que emanan de la pertenencia al sistema de seguridad social, que, como ya se explicó, deriva, justamente, de la afiliación.

Y es que al concurrir las obligaciones antedichas entre los empleadores y las administradoras, su omisión no puede afectar al afiliado que cumplió con lo propio, esto es, trabajo y aporte al sistema, previamente descontado del pago mensual de su salario (CSJ SL358-2021 y SL1807-2022).

Distinguiéndose así dos tipos de escenarios, con consecuencias jurídicas disímiles, pues no es lo mismo un trabajador afiliado al sistema general de pensiones, que otro no lo este, pues en el primer supuesto, la obligación de responder por dichos aportes, recae exclusivamente en la administradora o fondo de pensiones, quienes tenían la titularidad de la acción coercitiva frente al empleador incumplido o moroso, conforme lo reglado en el art. 24 de la Ley 100 de 1993.

Mientras que en la segunda hipótesis (no afiliación) la obligación recae exclusivamente en el empleador, al no haberse subrogado en el riesgo pensional.

Esa necesaria diferenciación, fue esbozada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL4103-2017, reiterada en las SL21506-2017; SL4968-2020, SL1807-2022, SL138-2022, y SL169-2024, donde se ilustró claramente la distinción entre las consecuencias en la incursión en mora en las cotizaciones y la ausencia de la afiliación al Sistema, frente al riesgo de vejez o de sobrevivencia, veamos:

*“...Así las cosas, se repite, las pensiones de vejez se conciben en función de la conformación de un **mínimo de capital**, respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de sobrevivientes se conciben en función de un **aseguramiento del riesgo**, respecto del cual la integración de aportes no tiene la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias. Por esa razón, la orientación jurisprudencial que defiende el pago de cálculos actuariales y la responsabilidad de las administradoras de pensiones, a la que se hizo alusión, no puede ser irrestrictamente aplicable en tratándose de pensiones de sobrevivientes.*

Es por ello que, en tratándose de una prestación definida en función del aseguramiento del riesgo, como la pensión de sobrevivientes, para la Corte resulta trascendental que, antes de asumir las prestaciones correspondientes a la realización del riesgo, las entidades de seguridad social hubieran contado con la posibilidad de gestionarlo, lo que solo se logra con la afiliación oportuna del trabajador o, en subsidio, con algún trámite de convalidación de los tiempos servidos, pero con antelación a que se concrete el riesgo.

Lo contrario equivaldría a imponer una carga desproporcionada en contra de las entidades de seguridad social, que tendrían que asumir el pago completo de una pensión de sobrevivientes, por la convalidación de un tiempo mínimo e indeterminado de servicios y sin poder adoptar medidas para la gestión adecuada del riesgo, por la falta de afiliación. Así, por ejemplo, si se admitiera irrestrictamente que, ante la falta de afiliación, las administradoras de pensiones son las encargadas del pago de la pensión, se llegaría a la conclusión de que el Instituto de Seguros Sociales, como administradora del régimen de prima media, debe asumir el pago de una pensión respecto de la cual: i) no tuvo conocimiento para iniciar acciones de cobro de los aportes; ii) no pudo prever y gestionar el riesgo de sobrevivientes, a través de reservas o seguros; iii) y tiene que financiar en un 100%, aun si los aportes que puede convalidar a través de título pensional no alcanzan para ello.

Con arreglo a lo anterior, para la Corte, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional en el Instituto de Seguros Sociales, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad, antes de que se produzca el riesgo que da origen a la prestación, vale decir, la muerte. Si ello es así, la entidad de seguridad social puede asumir y gestionar válidamente el riesgo, a través de los mecanismos y recursos establecidos legalmente para ello, mientras que, si se admitiera esa posibilidad una vez causado el riesgo, se podría dar lugar a que la entidad tenga que financiar una pensión completa, tras el pago de escasos recursos por tiempos indeterminados de servicios.

Como corolario de lo dicho, si el empleador omiso en la afiliación no realiza el trámite de convalidación de tiempos servidos, antes de la causación del riesgo de muerte, debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, en aplicación de disposiciones como el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995 y sentencias de esta Sala como la CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211. De esta orientación deben excluirse, eso sí, los casos en los que se ha realizado la afiliación del trabajador y la administradora de pensiones incumple las gestiones de cobro, que han recibido otro tratamiento en la jurisprudencia (Ver CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622, CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839, y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802).

En este caso, la sociedad demandada era plenamente consciente de su omisión de la afiliación de la trabajadora fallecida al Instituto de Seguros Sociales y, a pesar de que, a partir del año 1994, la Ley 100 le dio instrumentos para solucionar esa situación, de los que también era plenamente consciente, hasta antes del 1 de marzo de 2002, fecha en la que ocurrió el fallecimiento, no adelantó diligencia alguna tendiente a la convalidación de tiempos servidos, a través de cálculo actuarial, de manera que, con posterioridad a tal suceso, como ya se dijo, no resultaba admisible ese trámite, ni la elusión de su responsabilidad.

Tampoco se le podía endilgar al Instituto de Seguros Sociales alguna responsabilidad por el no cobro de los aportes, respecto de una trabajadora que ni siquiera había sido afiliada...” (negrillas por fuera del texto).

CASO CONCRETO

Descendiendo a la situación específica de la demandante MARTA EULALIA OQUENDO CARO, es evidente para la Sala que los periodos sobre los cuales se ordenó al pago de un CÁLCULO ACTUARIAL, esto es:

- 1° de marzo de 1998 y el 31 de agosto de 1999.
- 30 de abril de 2002 y el 28 de febrero de 2004.
- 1 al 30 de enero de 2010.

No estaban antecedidos de una afiliación, así se desprende de la HISTORIA LABORAL aportada visible a folios 21 al 29 del archivo PDF 001, pues nótese que en los meses de **enero de 1998**, y **diciembre de 2009**, el empleador había reportado la desafiliación y/o retiro del sistema general de pensiones.

70110981	HELADOS SU FRANCISCO	SI	199802	07/02/2001	51038801095555	\$ 204.000	\$ 28.418	\$ 0	R	30	0	Ciclo Doble
70110981	HELADOS SAN FRANCISCO	NO	199802	24/02/1998	52051202021881	\$ 203.826	\$ 24.460	-\$ 3.057		30	0	Pago aplicado a periodos anteriores
70110981	FERNANDO LEONAR BELEZ MONSALVE	SI	200403	25/03/2004	52051202098864	\$ 358.000	\$ 51.900	\$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado

70110981	HELADOS SU FRANCISCO	SI	199802	07/02/2001	51038801095555	\$ 204.000	\$ 28.418	\$ 0	R	30	0	Ciclo Doble
70110981	HELADOS SAN FRANCISCO	NO	199802	24/02/1998	52051202021891	\$ 203.826	\$ 24.460	-\$ 3.057		30	0	Pago aplicado a periodos anteriores

Requiriéndose por tanto de una nueva afiliación, para formalizar los posteriores contratos de trabajo que fueron suscribiendo las partes, y al haberse omitido esta obligación por parte del empleador, la única solución viable era la de efectuar el pago del cálculo actuarial liquidado a satisfacción por la administradora o fondo de pensiones, obligación legal, que tiene su fundamento en el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, donde se establecieron los requisitos para obtener la pensión de vejez, veamos:

“PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

*En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el **cálculo actuarial**, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.”*

De los anterior se desprende, que la figura del cálculo actuarial, impide que el trabajador tenga que soportar las consecuencias por la falta de afiliación atribuible a su empleador, y, en consecuencia, garantiza que sus derechos

mínimos e irrenunciables no se vean afectados por dicha omisión, pues a través de esa institución, el legislador permite que el periodo en que no se hicieron los aportes a un fondo pueda contabilizarse dentro de su historial de semanas de cotización. De ahí que constituye una solución equilibrada para los casos de omisión de la afiliación, dado que no solo permite materializar la finalidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, sino la sostenibilidad del mismo, sin perjuicio de las prerrogativas de los trabajadores¹.

Lo cual resulta consecuente con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien ha dejado en claro que la figura que debe utilizarse para estos efectos, es la del cálculo actuarial o pensional, misma que debe ser asumida en su TOTALIDAD por el empleador (sentencia SL-3547 del 22 de agosto de 2018, con radicación 68.421, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), veamos:

“...De entrada, se advierte que de manera reiterada, la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que es viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, sean computados a través de cálculos actuariales representados en títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador complete la densidad de cotizaciones exigida por la ley; esto es, bajo el entendido que el derecho a la seguridad social es irrenunciable e inalienable...”

En efecto, y dado que la sentencia de primer grado se encuentra acorde al criterio jurisprudencial expuesto, y que no existen más motivos de inconformidad frente a la misma, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia objeto de apelación.

Pues lo manifestado por la recurrente en su recurso de alzada, no es de recibo para la Sala, pues en el eventual caso de haberse efectuado una afiliación tardía al sistema general de pensiones, o el simple pago de aportes pensionales, no satisface la obligación impuesta en la sentencia de primera instancia, pues como ya se indicó con anterioridad, la omisión de afiliación, solo puede sanearse a través de la figura del cálculo actuarial, mismo que debe liquidarse a satisfacción de la entidad administradora de pensiones, carga de la

¹ Corte Suprema de Justicia - Sentencia **STL11357-2021**.

prueba que recaía en la parte demandante, conforme lo señalado en el art. 167 del Código General del Proceso², quien debió aportar durante las oportunidades probatorias el comprobante o constancia el pago del cálculo actuarial liquidado por COLPENSIONES, donde se encuentren relacionados los periodos de no afiliación ordenados en la sentencia de primer grado.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión proferida y la desventura del recurso de apelación formulado por la apoderada judicial del demandado FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE, las costas procesales en esta instancia estarán a cargo de esta parte y en favor de la demandante MARTA EULALIA OQUENDO CARO, en los términos del numeral 1º del art. 365 del Código General del Proceso, dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.300.000, equivalentes a 1 SMLMV para la anualidad 2024.

VIII. – DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación de fecha 6 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bello – Ant., según lo expuesto en precedencia.

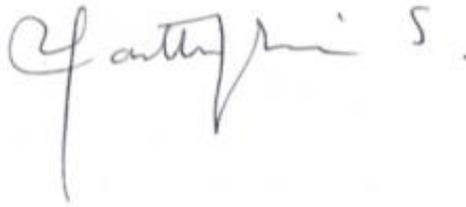
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del señor FERNANDO LEÓN ARBELÁEZ MONSALVE y a favor de la demandante MARTA EULALIA OQUENDO CARO, dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.300.000, equivalentes a 1 SMLMV para la anualidad 2024.

TERCERO: En su debida oportunidad devuélvase el expediente al juzgado de origen.

² “...**ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”

CUARTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA