



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ
Magistrado ponente

SL1627-2024

Radicación n.º 99775

Acta 17

Bogotá D. C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **PDC SA**, contra la sentencia proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, el 21 de febrero de 2020, en el proceso que promovió **LAM** contra la recurrente.

I. ANTECEDENTES

LAM llamó a juicio a la demandada, con el fin de que se declare: *i)* que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 16 de junio de 1989 al 13 de julio de 2006; y *ii)* que la empleadora omitió «*el deber de afiliarse y pagar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones*» durante el período comprendido entre el 16 de junio de 1989 y el 31 de marzo

de 1994. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se condene a **PDC SA** a trasladar al ISS el título pensional correspondiente al valor del «*cálculo de la reserva actuarial*»; y las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, básicamente, en que: *i)* prestó sus servicios para la sociedad **PDC SA** desde el 16 de junio de 1989 hasta el 13 de julio de 2006; *ii)* que el contrato de trabajo terminó por mutuo acuerdo entre las partes; *iii)* que ante el Inspector de Trabajo y Seguridad Social de Bosconia, las partes suscribieron acta de conciliación el 03 de octubre de 2006, donde le fue reconocida pensión anticipada; *iv)* que el último salario devengado fue de \$855.544,00; y *v)* que la demandada lo afilió a la seguridad social sólo a partir del 01 de abril de 1994.

PDC SA, al dar respuesta a la demanda (f.º 28 a 38 Cuaderno_Primer Instancia y archivo digital), se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó como ciertos los extremos temporales de la relación de trabajo, las razones de finalización del nexo y el reconocimiento de la pensión en el acta de conciliación; y frente a los demás dijo que no eran ciertos. En su defensa sostuvo que el actor laboró en el municipio de El Copey, lugar en el cual el ISS solo inició la cobertura para los riesgos de IVM a partir de abril de 1994, de allí que no podía afiliarlo con antelación a esa data; y que a la empresa le reconoció la pensión de jubilación por todo el tiempo laborado, la cual se cancelaba de manera oportuna, no obstante haber

reconocido el ISS la pensión de vejez. Propuso como excepciones la de prescripción, falta de causa para pedir, contribución del demandante con las cotizaciones, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, al que correspondió el trámite de la primera instancia, por sentencia de 24 de septiembre de 2014, absolvió a la demandada de la totalidad de las súplicas, declaró probadas las excepciones de falta de causa para pedir y condenó en costas al actor.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, al resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, por sentencia de 21 de febrero de 2021, resolvió:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia consultada, proferida el 24 de septiembre de 2014, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, para en su lugar condenar a la demandada **PDC S.A.**, a reconocer y pagar a favor y a satisfacción del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, el título pensional, que contenga el valor del cálculo actuarial, de las cotizaciones no efectuadas a **LAM**, por los periodos que van del 16 de junio de 1989 a 31 de marzo de 1994.

SEGUNDO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

TECERO: Condénese en costas por la primera instancia a la demandada, **PDC S.A.**, las cuales deberán ser tasadas por el juzgado de origen. Sin costas en esta instancia.

CAUARTO: Devuélvase el expediente al juzgado de origen una vez cumplidos los trámites propios de esta instancia.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si a la demandada *«le correspondía emitir un título pensional equivalente al cálculo actuarial de las semanas dejadas de cotizar durante el periodo 16 de junio de 1989 a 31 de marzo de 1994»*, o si, por el contrario, como lo estableció el juez de primer grado, no existía obligación de afiliar al trabajador por falta de cobertura en el período reclamado.

Aseguró que entre las partes en contienda existió un contrato de trabajo del 16 de junio de 1989 al 31 de marzo de 2006 y que mediante acta de conciliación la empresa reconoció al demandante *«la pensión de jubilación a partir del 1 de marzo de 2006, de conformidad con lo establecido en los artículos 260 y 268 al 272 del Código Sustantivo del Trabajo, y que se comprometió a asumir el pago del 100% de los aportes al fondo de pensión en el cual se encuentra afiliado, que lo fue el Instituto de Seguros Sociales, hasta que cumpliera los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida»*.

Para fundamentar la decisión el Tribunal se apoyó en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los decretos 1160 y 1887 de 1994 y 3798 de 2003, junto con lo dicho por la Sala

Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 20 oct. 2015, rad. 43182, sobre la omisión de la afiliación y el pago de aportes; y mencionó la sentencia CSJ SL2138 de 2016, sobre el tema de la no afiliación por falta de cobertura del ISS.

Al amparo de lo anterior, expuso que,

Conforme a lo anterior, encontramos que la cobertura del ISS fue ampliada al municipio de El Copey mediante Resolución 5430 de 17 de septiembre de 1992 que obra a folios 38 y 39 del cuaderno principal, solo hasta el 1 de abril de 1994, **PDC**

S.A. afilió al hoy demandante. Teniendo en cuenta lo antes dicho, la emisión del título pensional equivalente a la reserva actuarial es la obligación que cabía imponer a la demandada, como ya se dijo, la cobertura del ISS en una determinada región, no la exonera de la obligación como empleador, más aun cuando ya teniendo cobertura omitió hacer la respectiva inscripción de su trabajador, por lo que el argumento de la falta de cobertura en el municipio de El Copey durante el periodo reclamado, queda sin sustento, ya que se ha determinado de manera categórica que el hecho de que no hubiera cobertura del I.S.S en la zona geográfica específica, no exonera al empleador de hacer el respectivo aprovisionamiento de capital de los aportes a pensión a favor del trabajador, toda vez que no se puede desconocer la prestación del servicio del trabajador y el derecho de la pensión del que este es titular, dado el carácter proteccionista que tiene el régimen pensional.

Es claro **PDC S.A.** dejó de trasladar al fondo de pensiones al cual se encontraba afiliado el demandante y a su favor el cálculo actuarial correspondiente al ciclo 16 de junio de 1989 - 31 de marzo de 1994 efectivamente laborados, hecho éste que sin lugar a dudas influye en el monto de la mesada pensional que le fue reconocida por el Instituto de Seguros Sociales al señor **LAM**, puesto que de entrada modificaría el porcentaje de la tasa de reemplazo de manera considerable. El derecho del trabajador a recibir su pensión en la cuantía debida es un derecho irrenunciable y no puede verlo cercenado por el incumplimiento patronal de su obligación de afiliación oportuna y traslado de las cotizaciones, de manera que si bien para esos periodos que omitió esa obligación el Instituto de Seguros Sociales no tenía cobertura en la sede de la empleadora, esa no puede ser una circunstancia que la exonere de pagar ese cálculo actuarial, en beneficio de ese trabajador.

De manera que, si bien el actor está recibiendo su pensión de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales, no lo hace en la cuantía debida, luego eso se remedia con el pago por parte de la empleadora del título pensional.

En consecuencia, adujo que resultaba procedente condenar a la demandada a reconocer un título pensional a favor del ISS, que comprendiera el cálculo actuarial por las cotizaciones que **PDC SA** omitió realizar al demandante, en el período comprendido del 16 de junio de 1989 a 31 de marzo de 1994, por ser una obligación legal, *«cuyo cumplimiento no lo exonera el que no hubiera en ese entonces cobertura del ISS en la región donde fueron prestados los servicios»*.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción señaló que no estaba llamada a prosperar, *«por cuanto al ser las semanas de cotización y el cálculo actuarial que las representa, uno de los elementos que conforman el derecho pensional mismo, resultan imprescriptibles, y por tanto pueden ser reclamadas en cualquier tiempo»*.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por **PDC SA**, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que en sede instancia, confirme la decisión de primer grado.

Con tal propósito formula tres cargos por vías distintas que, por su comunidad de objeto, similar elenco normativo y complementariedad en su argumentación, serán resueltos conjuntamente por la Corte; los cuales no fueron replicados.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de violar directamente, en la modalidad de infracción directa del artículo 5º del Decreto 2879 de 1985 que aprobó el Acuerdo 029 de 1985, artículo 18 del Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 de 1990, artículos 48, 53 y 58 superior; y *«paralelo en el concepto de APLICACIÓN INDEBIDA del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del Decreto 1160 de 1994 reglamentario del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 artículo 5, del artículo 33 de la ley en mención, del Decreto 1887 de 1994, Decreto 3798 de 2003, y las Sentencias SL14388 de 2015, SL2138 de 2016»*.

En el desarrollo del cargo la recurrente indica que la sociedad **PDC SA**, en virtud de la afiliación tardía, reconoció al demandante una pensión de jubilación anticipada con fundamento en la figura de la compartibilidad pensional establecida por el artículo 5º del Decreto 2879 de 1985, *«lo que le permitió pensionarse al trabajador de manera voluntaria y anticipada y producto de la afiliación reconocerse un mayor valor o exonerándose de éste»*.

Aduce que el reconocimiento pensional impone a la

empleadora la obligación de continuar cotizando y, por esta razón, la prestación comprende todo el tiempo laborado, sin que sea posible *«repetir tiempos por haber quedados subsumidos durante toda la ejecución de la relación laboral (Decreto 2879 de 1985 art. 5º, Decreto 758 de 1990 art. 18)»*, quedando el mayor valor a cargo de la empresa para cubrir *«los tiempos dejados de cotizar y el quantum»*.

Y, agrega lo siguiente:

Resultaría equivocado que no habiéndose afiliado prontamente al llamarse a inscripción, se desnaturalizara la pensión reconocida de manera anticipada conforme al artículo 259 y 260 del CST, y se conminara a dar aplicación al artículo 33 literales c y d de la Ley 100 de 1993, repitiendo tiempos servidos y reconocidos en la pensión de jubilación voluntaria.

Es desacertado dar aplicación al Decreto 1887 de 1994 que establece la reserva actuarial contemplada desde la Ley 90 de 1946 arts. 72 y 76; porque tal aprovisionamiento, en este caso, resultaría ilógico, dado que los que se subrogaron en el ISS así sea tardíamente, cuando se reconoce pensión voluntaria, es la de seguir pagando ésta como se pacta, y asumida la pensión de vejez producto de las cotizaciones en un 100%, sería contrario al Decreto que habla de la compartibilidad pensional (Decreto 2879 de 1985 art. 5 y art. 18 del Decreto 758 de 1990).

Sobre esta situación la Sentencia 31339 del 17 de febrero de 2009 y la del 24 de octubre de 1990 Rad. 3930, ha enseñado que para que opere la compartibilidad y subrogación parcial del riesgo de vejez de las pensiones extra legales, conforme al artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, es que el trabajador sea inscrito en el Instituto de Seguros Sociales y se paguen los respectivos aportes, pues, de lo contrario, la obligación se mantiene plenamente en cabeza del empleador.

También este órgano de cierre ha indicado que para que opere la compartibilidad, el reconocimiento de la pensión de vejez debe ser posterior en el tiempo al otorgamiento de la de jubilación (Sent. de 13 de junio de 2012 – Rad. 43704).

Plantea que las sentencias citadas por el Tribunal -- CSJ SL14388 de 2015 y CSJ SL2138 de 2016 -- no son de

recibo, ello por cuanto *«para estos casos opera la emisión de título o reserva actuarial, y la prestación económica de que hablan los artículos 259 y 260 del CST reconocida de manera anticipada, suple cualquier cercenamiento, ya que no afectaría la cuantía debida y la tasa de reemplazo, por comprender todo el tiempo laborado, y el mayor valor al continuar en el tiempo compensaría el derecho, no resultando ninguna afectación al no hacerse renunciar a ningún derecho cierto e indiscutible (art. 48 de la C.N.)»*.

En el mismo sentido, asegura que conforme a la *«Sentencia Rad. 84187 del 26 de febrero de 2020»* el riesgo de vejez de los períodos no cubiertos por empleador queda comprendido cuando dicho lapso es tenido en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación a cargo del empleador; y agrega que en la sentencia CSJ SL4550 de 2020 también se indicó que *«la pensión derivada de la entidad de seguridad social se mantiene en toda su identidad y magnitud, de manera que el empleador queda solamente obligado a pagar el mayor existente entre una y otra prestación si la hubiera, con el objeto de no afectar el quantum de la pensión subrogada»*.

Aduce que el título pensional tiene como finalidad el cubrimiento de los períodos no cotizados por el empleador, de modo que, *«si la empresa asume por su propia cuenta la contingencia pensional no tiene sentido que entregue valor alguno a aquella, puesto que el riesgo ya está cubierto, y así se dispuso en la Sentencia SL3202 de 2019 – Rad. 69562 del 14 de agosto de 2019»*.

Manifiesta que el Tribunal, al condenar a la recurrente a trasladar al ISS hoy Colpensiones un cálculo actuarial, infringió directamente las disposiciones anotadas, por desconocer la figura de la compartibilidad pensional consagrada desde la vigencia del Decreto 2879 de 1985 y luego por el artículo 18 del acuerdo 049 de 1990, de manera que el *ad quem* aplicó indebidamente las normas señaladas en el cargo, dado que éstas,

no son las llamadas a operar cuando es reconocida una pensión de jubilación anticipada de manera voluntaria por el empleador, donde no se afecta ningún derecho irrenunciable por falta de afiliación y cotización en tiempo, o por ausencia de cobertura, ya que la subrogación, reconocimiento de pensión y de igual manera cumplimiento de requisitos, solamente mandan la pensión patronal, y en caso de ausencia de la de vejez la continuación de ésta, y a contrario sensu, el mayor valor si existiera; lo cual no fue tenido en cuenta en el proveído, así se hubiera indicado que la ausencia de cobertura no liberaba al empleador del cálculo actuarial y se hubiere propuesto la excepción de prescripción.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia de violar directamente, en la modalidad de interpretación errónea, el artículo «36 de la Ley 100 de 1993, del Decreto 1160 de 1994 reglamentario del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 artículo 5, del artículo 33 de la ley en mención, del Decreto 1887 de 1994, Decreto 3798 de 2003, y las Sentencias SL14388 de 2015, SL2138 de 2016».

Plantea en el desarrollo del cargo que el empleador, cuando reconoce una pensión anticipada y voluntaria de jubilación con fundamento en los artículos 260, 268 al 272

del CST, en consideración a los tiempos dejados de cotizar por falta de cobertura o por afiliación tardía, tiene a su cargo el pago del mayor valor de la pensión, *«pero nunca sería la emisión del cálculo actuarial del que nos habla el artículo 33 literales c y d de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el Decreto 1887 de 1994 y Decreto 3798 de 2003 por tiempos trabajados dejados de cotizar»*.

Asegura que la aplicación del artículo 5º del Decreto 1160 de 1994, reglamentario del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se *“compagina con la realidad”* cuando el empleador reconoce al trabajador una pensión por todo el tiempo trabajado y continúa cotizando hasta obtener la pensión de vejez a cargo del sistema y, además, es conminado a emitir un título pensional, *«porque resulta ilógico que, disfrutándose de una pensión y de un mayor valor (art. 2º literal a del Decreto enunciado), nuevamente le toque al empleador repetir esos tiempos, porque para ello igualmente existe el Decreto 2879 de 1985 artículo 5º y Decreto 758 de 1990 artículo 18 que establecen la figura de la compartibilidad»*.

Aduce que aun cuando la obligación de pagar un cálculo actuarial por falta de afiliación es imprescriptible, el mayor valor de la pensión que quedaba a cargo del empleador *«produce como efecto la liberación de la emisión del cálculo actuarial, y el excedente que se llegare a pagar no violenta ningún derecho irrenunciable ni desconoce un mayor quantum o tasa de reemplazo»* y, por ello, considera que las sentencias en que el Tribunal apoyó su decisión no son de recibo, porque ellas aplican para los casos en que no existe reconocimiento

de la prestación por parte del empleador.

VIII. TERCER CARGO

Acusa la sentencia de violar por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 33 y 36 de la Ley 100 de 1993, 5 del Decreto 1160 de 1994, Decreto 1887 de 1994, Decreto 3798 de 2003 y *«artículo 145 del CPLSS en concordancia con los artículos 244 y 260 del C.G.P., y las Sentencias SL4388 de 2015, SL2138 de 2016»*, por *«dejar de valorar el Acta de Conciliación No.047 del 3 de octubre de 2006 donde se reconoce la pensión de jubilación anticipada, la Resolución No.045393 de 2007 donde el ISS reconoce la pensión de vejez al demandante y el informe de las mesadas pensionales pagadas al actor»*.

Aduce que la anterior violación se produjo como consecuencia de los errores de hecho que se relacionan a continuación:

1. Dar por demostrado, sin estarlo, que **PDC** S.A. estaba obligada a emitir el título pensional contentivo del cálculo actuarial.
2. No dar por demostrado, estándolo, que **PDC** S.A. se subrogó en el sistema de seguridad social.
3. No dar por demostrado, estándolo, que al haberse subrogado **PDC** S.A. en el sistema y cotizarle el 100% al demandante, permitió que el trabajador adquiriera la pensión de vejez.
4. No dar por demostrado, estándolo, que, con el reconocimiento de manera voluntaria y anticipada de la pensión de jubilación, al demandante se le amparó su derecho a la seguridad social.
5. No dar por demostrado, estándolo, que al haber adquirido el

trabajador la pensión de vejez, la obligación de la demandada **PDC S.A.** era la de continuar pagando el mayor valor.

6. No dar por demostrado, estándolo, que, igualmente al cotizarle el 100% al sistema de seguridad social en pensiones, se obtuvo la pensión de vejez.

7. No dar por demostrado, estándolo, que, conforme al acta de conciliación suscrita el 03 de octubre de 2006 ante la Inspección del Trabajo y Seguridad Social de Bosconia, la demandada al haber cotizado el 100% y pagar el mayor valor, no estaba obligada a emitir título pensional contentivo del cálculo actuarial.

8. No dar por demostrado, estándolo, que al seguirle cotizando **PDC S.A.** hasta adquirir la pensión de vejez y continuar pagando el mayor valor, las mesadas adicionales de junio y diciembre y sus incrementos conforme al índice de precio al consumidor anualmente, el derecho a la seguridad social no se cercenaba ni se reducía su quantum.

9. No dar por demostrado, estándolo, que el título pensional opera cuando nunca se afilió al trabajador, cuando se afilió tardíamente y no se le reconoce pensión patronal de manera anticipada.

10. No dar por demostrado, estándolo, que, el cálculo actuarial operaba cuando el empleador no reconoció pensión de jubilación, no cotizó, o cotizó parcialmente y la aseguradora reconoció la pensión de vejez afectando el derecho a la seguridad social por recibir una suma inferior al que realmente le correspondería si se le hubiera cotizado todo el tiempo.

11. No dar por demostrado, estándolo, que, la ausencia de cobertura y afiliación tardía no afecta los derechos del demandante, porque **PDC S.A.** le reconoció al demandante la pensión de jubilación con el 75%, está pagando el mayor valor y las mesadas adicionales.

12. No dar por demostrado, estándolo, que, en el proceso se encuentra el acta de conciliación, la Resolución que reconoció la pensión de vejez y documentos que acreditan el pago del mayor valor.

13. No dar por demostrado, estándolo, que, el Tribunal se reveló contra lo normado y adoctrinado en sus precedentes por el organismo de cierre respecto de lo contemplado sobre la compartibilidad.

Indica como medios de prueba no valorados o no

apreciados “*de manera correcta*” los siguientes:

[...] *acta de conciliación, la inscripción al ISS, la resolución del Colpensiones, los documentos que contienen la relación de pagos de las mesadas pensionales realizadas, ni la copia de la cédula de ciudadanía del demandante donde se infiere la edad que lo catapulta como beneficiario del régimen de transición*».

En el desarrollo del cargo la recurrente alega que pese a que en la contestación a la demanda hizo mención al acta de conciliación, en donde se reconoció la pensión de jubilación, y a la resolución 045393 de 2007, por la cual el ISS reconoce la pensión de vejez, *«el Tribunal conmina a la demandada a emitir el título pensional contentivo del cálculo actuarial por los periodos del 16 de junio de 1989 al 31 de marzo de 1994, conforme al Decreto 1887 de 1994 y el Decreto 1160 de 1994 reglamentario del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 artículo 5º»*.

Destaca que el Tribunal desatendió el contenido del acta de conciliación, por disponer la emisión de un título pensional, no obstante que la empresa reconoció la pensión de jubilación teniendo en cuenta todo el tiempo laborado, el pago del 100% de los aportes al sistema de seguridad social y el reconocimiento de las mesadas junto con las adicionales de junio y diciembre incrementadas con IPC; por ello, considera trascendente transcribir algunos apartes del acta de conciliación, así:

[...] que entre la empresa **PDC S.A.** y el señor **LUIS SEGUNDO ARZUZA MARTÍNEZ**, se firmó un contrato individual de trabajo a término indefinido el día 16 de junio de 1989.

Que la empresa y el trabajador acordaron dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre las partes el día 13 de julio de 2006, con el fin de pensionar anticipadamente al señor LUIS SEGUNDO ARZUZA MARTÍNEZ, a partir del día 14 de julio de 2006.

Que el trabajador prestó servicios a la empresa en forma continua durante 17 años, 3 meses y 27 días, en la fecha cuenta con más de 55 años de edad.

Que al 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993, el señor LUIS SEGUNDO ARZUZA MARTÍNEZ tenía más de 40 años de edad, por lo cual se beneficia con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la citada ley.

Que el señor LUIS SEGUNDO ARZUZA MARTÍNEZ cumple con los parámetros establecidos en la ley 100 de 1993, sistema general de pensiones y demás disposiciones, razón por la cual la empresa **PDC S.A.** entra a pensionarlo anticipadamente a partir del 14 de julio de 2006 con el 75% del salario promedio del último año de servicios.

Que el salario promedio del último año del trabajador asciende a la suma de \$855. 544.00 pesos moneda corriente,

Que la empresa pagará al señor LUIS SEGUNDO ARZUZA MARTÍNEZ, la suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS M.L., (\$641. 658.00) como mesada pensional a partir del 14 de julio de 2006.

Que la empresa se compromete en incrementar anualmente el valor de las mesadas pensionales de acuerdo al índice de precios al consumidor emitido por el DANE, en el mes de enero de cada año.

Que la empresa se compromete en asumir el 100% del valor de los aportes al fondo de pensiones en el cual se encuentra afiliado en señor LUIS SEGUNDO ARZUZA MARTÍNEZ, teniendo en cuenta el artículo 5 del decreto 813 de 1994, hasta que el ex trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, una vez esto ocurra, el extrabajador reunirá los requisitos de semanas cotizadas y edad, para acceder a la pensión con el SEGURO SOCIAL, cuando esta entidad le reconozca su derecho, la empresa cancelará la diferencia, si la hubiere, entre una y otra compartida con el Seguro Social...

Expone que el Tribunal incurrió en un error de hecho

manifiesto, ostensible y evidente, al no examinar el contenido del acta de conciliación y de la resolución a través de la cual se reconoció la pensión de vejez, pues lo que se debió observar era que al empleador le correspondía asumir el mayor valor de la pensión y no el título pensional, en atención a que *«no se cercenaban los derechos del demandante ni el quantum, porque dicha situación se cumple con el excedente que se paga, las mesadas adicionales y los incrementos anuales establecidos por el gobierno nacional. Por lo tanto, no podía operar el cálculo actuarial»*.

Insiste en que al demandante el empleador le reconoció la pensión de jubilación y le continuó cotizando hasta que le fue reconocida la pensión de vejez, como beneficiario del régimen de transición, quedando a su cargo el mayor valor de la prestación, sin que fuera procedente imponer el traslado del cálculo actuarial, razón por la cual considera que el Tribunal *«no valoró o apreció de manera correcta las pruebas referentes al acta de conciliación, la inscripción al ISS, la resolución del Colpensiones, los documentos que contienen la relación de pagos de las mesadas pensionales realizadas, ni la copia de la cédula de ciudadanía del demandante donde se infiere la edad que lo catapulta como beneficiario del régimen de transición»*.

Por último, asegura que el Tribunal, en un caso de similares contornos señaló que cuando quedada a cargo del empleador un mayor valor de la pensión, no era procedente la emisión de un cálculo actuarial, razón por la cual,

[...] la afectación resulta evidente y genera un dislate, porque en este caso, como se indicó antes, se está pagando el mayor valor y otros accesorios que se coligen de manera objetiva del material probatorio, ya que no se dijo nada ni se controvirtió las documentales aportadas con la contestación de la demanda. No se valoraron las pruebas enlistadas en el contradictorio que desprenden lo fáctico y probatorio sucedido en este caso.

IX. CONSIDERACIONES

En lo que estrictamente interesa al recurso de casación, no son objeto de debate los siguientes hechos: *i)* que el demandante nació el 14 de noviembre de 1946; *ii)* que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 16 de junio de 1989 al 13 de julio de 2006; *iii)* que el empleador omitió realizar la afiliación y pagar los aportes de pensiones al ISS, hoy Colpensiones, durante el periodo comprendido entre el 16 de junio de 1989 y el 31 de marzo de 1994; *iv)* que el empleador afilió al demandante al sistema de pensiones sólo a partir del 1 de abril de 1994; *v)* que según acta de conciliación del 3 de octubre de 2006, suscrita ante el Inspector de Trabajo y Seguridad Social de Bosconia, el empleador reconoció una pensión *anticipada* al demandante, de conformidad con lo establecido en los artículos 260 y 268 al 272 del CST, a partir del 14 de julio de 2006, en cuantía de \$641.658,00, y determinó continuar cotizando para la compartibilidad con la pensión de Vejez; y *vi)* que el ISS por resolución 045939 de 27 de septiembre de 2007, reconoció al demandante la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición en cuantía de \$426.447,00, a partir del 14 de noviembre de 2006 y liquidada sobre 568 semanas cotizadas.

Pues bien, como se recuerda, el Tribunal fundamentó su decisión en la obligación que le asiste a la demandada de reconocer y pagar el título pensional por el período comprendido entre el 16 de junio de 1989 y el 31 de marzo de 1994, puesto que la falta de cobertura del ISS en una determinada región *«[...] no la exonera de la obligación como empleador, más aun cuando ya teniendo cobertura omitió hacer la respectiva inscripción a su trabajador [...]»*, en tanto la censura radica su inconformidad en que por haber reconocido al demandante una pensión anticipada conforme a los artículos 259 y 260 del CST y continuar cotizado hasta el reconocimiento de la pensión legal de vejez, resultaría equivocado que *«se conminara a dar aplicación al artículo 33 literales c y d de la Ley 100 de 1993, repitiendo tiempos servidos en la pensión de jubilación voluntaria»*.

La recurrente sostiene que con la condena que se le impuso consistente en trasladar el título pensional (cálculo actuarial) al ISS, el Tribunal aplicó de manera desacertada el Decreto 1887 de 1994, que establece la reserva actuarial contemplada desde la ley 90 de 1946, en cuanto que *«tal aprovisionamiento, en este caso, resultaría ilógico, dado que los que se subrogan en el ISS así sean tardíamente, cuando se reconoce pensión voluntaria, es la de seguir pagando esta como se pacta, y asumida la pensión de vejez producto de las cotizaciones en un 100%, sería contrario al Decreto que habla de la compartibilidad pensional (Decreto 2879 de 1985 art. 5 y art. 18 del Decreto 758 de 1990)»*.

La controversia por dilucidar por la Corte se contrae a determinar si se equivocó el Tribunal al ordenar el traslado del cálculo actuarial de **PDC** al ISS, hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que el empleador reconoció al trabajador una pensión voluntaria de carácter compartida.

Vale destacar que no está en discusión que los empleadores que no fueron convocados a la afiliación de sus trabajadores, en virtud de la subrogación paulatina de los riesgos a cargo del ISS, no se encuentran exentos de responsabilidad de cara al sistema de pensiones, en los que, para efecto de la contabilización de las semanas cotizadas para acceder a la pensión, es precisamente el traslado del cálculo actuarial el que permite, en principio, la consolidación del derecho (CSJ SL220-2021).

En similar situación se encuentran los empleadores que por omisión no hubiesen afiliado al trabajador, quienes deberán trasladar, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual está representado en un título pensional, conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Aclarado el punto sobre la obligación que pesa en cabeza de los empleadores para responder por los aportes, cuando existe omisión de la afiliación y aún durante el tiempo en que no hubo presencia del ISS en algunas zonas geográficas o frente a algunos sectores de la industria,

resulta pertinente elucidar si, como lo sostiene la censura, tal obligación que se refleja en el traslado de un cálculo actuarial para cubrir esas cotizaciones omitidas, sólo operaría si en el *sub lite* no se hubiese reconocido una pensión voluntaria de carácter compartida, dado que el empleador continuó cotizando hasta cuando el ISS le otorgó la pensión de vejez, quedando a su cargo el mayor valor resultante entre la pensión otorgada por la entidad previsional y la que venía cubriendo al pensionado.

Para empezar, la providencia que el Tribunal utilizó como fundamento de su decisión, esto es la CSJ SL14388 de 2015 enseñó:

1. Normas llamadas a regular las hipótesis de omisión en la afiliación, dadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En primer lugar, el Tribunal erró al negar la posibilidad de que la omisión en la afiliación del actor al sistema de pensiones se resolviera con arreglo a las disposiciones de la Ley 100 de 1993, sus reglamentos y sus precisiones en la jurisprudencia.

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

Ha dicho la Sala, en ese sentido, que «*...las normas que pueden contribuir a resolver esas hipótesis de omisión en el cumplimiento*

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

Específicamente, frente a la aplicación de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, en torno a los efectos de las omisiones de afiliación al sistema de pensiones, generadas con anterioridad a su vigencia, que el Tribunal negó y que la censura reclama, la Sala ha sostenido que el propósito de esas normatividades fue precisamente el de referirse a los incumplimientos de las obligaciones del empleador, dados con anterioridad a la expedición del sistema integral de seguridad social, por lo que la aptitud de esas reglas, para regular esas situaciones, además de lógica, es clara y acorde con los principios de aplicación de la ley laboral en el tiempo. En la sentencia CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 42398, reiterada en la CSJ SL646-2013, la Sala señaló al respecto:

Lo anterior concuerda y se complementa con lo dicho por esta Sala en la sentencia 32179 de 2009 en relación con la aplicación del citado Decreto 3798 de 2003 para liquidar la reserva actuarial de un empleador omiso frente a tiempos laborados antes de la Ley 100 de 1993.

“Tal como lo pregona la censura en las dos acusaciones, la subrogación del riesgo de vejez lo previó el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 en concordancia con los artículos 259 del CST y 1º del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, para los trabajadores que tuvieran un tiempo de servicios inferior a 10 años, contabilizados desde 1º de enero de 1967, y así la obligación de reconocerles la pensión estaba a cargo del ente de seguridad social, en reemplazo del empleador, sin desconocer, claro está, que la asunción de riesgos por el ISS, no operó de modo automático en todos los casos, sino que produjo efectos con la condición de que recibiera las cotizaciones respectivas.

En esa medida y como lo ha precisado la Corte, la obligación de afiliar al Instituto de Seguros Sociales a un trabajador dependiente, es responsabilidad del empleador, acorde con la legislación vigente sobre el particular, carga que también aplica para el momento en que entró a regir el Sistema de Seguridad Social Integral que creó la Ley 100 de 1993.

En el sub judice, cuando la demandante ingresó al servicio de la Corporación demandada, ya existía la obligación legal de afiliación de los trabajadores al régimen de seguridad social en pensiones, que para ese entonces era administrada por el Instituto de Seguros Sociales. No obstante existir dicho imperativo, en el caso analizado, el empleador dejó desprotegida a la actora por espacio de casi 18 años (16 de mayo de 1978 al 11 de marzo de 1996), porque durante los 25 años y 1 mes que

estuvo prestando servicios, sólo fue afiliada a pensiones los últimos 7 años, bajo el régimen de ahorro individual administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

El inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, prevé la solución frente a la eventualidad referida, al establecer que “ ... En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994”. (El subrayado es de la Sentencia).

Conviene advertir, que pese a que la citada normativa no se encontraba vigente cuando se produjo el incumplimiento del empleador en su afiliación, la misma es perfectamente aplicable a casos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, como sucede en este caso, tal cual se desprende de su tenor literal; es decir, que el querer del legislador fue el de solucionar aquellos eventos en los cuales, antes de entrar a regir el Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994, en este caso), los empleadores no hubieran cumplido con la afiliación obligatoria al ISS., máxime que el concepto de cálculo actuarial no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico.”

En este orden de ideas, concluye la Sala que no se equivocó el ad quem al confirmar la aplicación del D. 1887 de 1994 para efectos de liquidar la condena al título pensional impuesta al demandado en razón de su omisión de afiliación a tiempo de la actora, pues está visto que dicha preceptiva era justamente la aplicable al caso, eso sí con la observancia del mandato legal contenida en el inciso primero del Parágrafo 1º, tanto del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993 como con la modificación introducida con el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, sobre que el cálculo debe ser “a satisfacción de la entidad administradora”. (Resalta la Sala).

Así las cosas, la falta de afiliación o la afiliación tardía del trabajador al sistema general de pensiones para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte, en perspectiva de la consolidación del derecho, *son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada*, pues el legislador consagró un mecanismo expedito para dar solución a esas eventualidades que ponen en riesgo la configuración plena del derecho pensional, a

través de la figura del título pensional que representa el cálculo actuarial necesario para financiar la prestación en el monto que legalmente corresponde.

No puede perderse de vista que el sistema general de pensiones -- dentro del ámbito de la seguridad social entendida como un servicio público de carácter obligatorio a cargo del Estado -- propende por mecanismos financieros que aseguren a los afiliados que, ante la inobservancia del deber de afiliación de los empleadores, las prestaciones sean asumidas directamente por las entidades administradoras de pensiones en los dos regímenes, a través del traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente y, de esta manera, evitar que las pensiones queden a cargo de empleadores que puedan poner en riesgo el reconocimiento de la prestación y el pago futuro de las mismas.

Por esta razón, la Corte ha precisado reiteradamente en su jurisprudencia, la necesidad de encontrar soluciones comunes para compensar la falta de afiliación al sistema general de pensiones bien sea por falta de cobertura o por omisión del empleador, desde la óptica de la normativa que configura a la seguridad social como un servicio público y un derecho irrenunciable, tal como se indicó en la misma sentencia antes reseñada:

No obstante lo anterior, no se puede desconocer que la jurisprudencia de la Sala ha tenido una evolución, coordinada y concordante con el espíritu de las nuevas disposiciones que ha expedido el legislador para contrarrestar estas hipótesis de falta de afiliación, que afectan la configuración del derecho pensional de los afiliados, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad, integralidad y eficiencia. En lo

fundamental, esa progresión de la jurisprudencia ha estado encaminada a lograr la financiación plena de las prestaciones, así como unidad en su reconocimiento, a través de las entidades de seguridad social.

Concretamente, el sistema de seguridad social y sus desarrollos en la jurisprudencia han tendido a reconocer expresamente tales omisiones de afiliación, dadas en el pasado, así como a buscarles una solución adecuada y suficiente, a través del reconocimiento de la respectiva prestación por parte de las entidades de seguridad social, con el consecuente recobro o integración de los aportes y recursos, por medio de títulos pensionales que deben pagar los empleadores omisos.

Ejemplos claros de la referida evolución y del espíritu del legislador son el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que, para el reconocimiento de pensiones de vejez, legitimó la inclusión del *«...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...»*; y el literal d) de la misma norma, introducido por virtud del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que facultó la inclusión del *«...tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador...»*, los dos con la condición de que *«...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.»*

En este punto también es dable mencionar el Decreto 1887 de 1994, que estableció la metodología para el cálculo de los referidos títulos pensionales, y el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que prescribió que *«...en el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994.»*

Con fundamento en dichas normas y, se repite, en los principios que definen y orientan el sistema integral de seguridad social, la Corte ha precisado su jurisprudencia, para adoctrinar que las variadas problemáticas generadas a raíz de la falta de afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho, deben encontrar una solución común, que no es otra que el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, por parte de la entidad de seguridad social respectiva,

con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora.

Para tales efectos, la Sala ha reconocido que *«...la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado»* (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), de manera que, con fundamento en disposiciones como el literal l del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 de la Ley 797 de 2003, *«...no es que la única forma de acceder a la pensión sea por el cumplimiento de tiempos efectivamente cotizados, sino que también resulta admisible que se tome en cuenta el tiempo de servicio, sin importar que no se hubiere hecho con aportes al sistema, como ocurría especialmente con los empleados públicos. Ello no significa que se deban reconocer pensiones sin que existan las cotizaciones, pues como ya se anotó, la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado, por lo que el hecho de que exista mora en su pago, no implica la inexistencia del aporte.»* (CSJ SL13128-2014).

Como ejemplos de la mencionada evolución en la jurisprudencia se pueden mencionar:

2.1 Falta de afiliación del trabajador por falta de cobertura del sistema de seguridad social.

Una primera muestra de la doctrina defendida por la Sala, está reflejada en su postura frente a aquellos casos en los que se verificaba una falta de afiliación del trabajador, no por la omisión del empleador, sino por la falta de cobertura del sistema de pensiones en un determinado territorio.

Así, partir de sentencias como las CSJ SL9856-2014 y CSJSL17300-2014, la Corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a dichas eventualidades, a la vez que definió, entre otras cosas, *i)* que no se podía negar 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, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional; *iii)* y que la manera de concretar ese gravamen, en casos *«...en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [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.»* [...]

2.3. No afiliación por omisión pura y simple del empleador.

Finalmente, ante situaciones de omisión de la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, a pesar de la vigencia clara de una relación laboral, como en el caso que hoy se analiza, la Corte ha precisado la orientación que tenía, encaminada a trasladarle la responsabilidad al empleador, para dar cabida también al reconocimiento de las prestaciones por las respectivas entidades de seguridad social, con el consecuente recobro e integración de las cotizaciones y recursos, a través de cálculos actuariales.

En la sentencia CSJ SL16715-2014, la Corte precisó la orientación vertida en la sentencia CSJ SL646-2013, bajo el entendido de que, ante realidades como la expedición del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la respuesta más acoplada al sistema de seguridad social, ante omisiones en la afiliación, es el cubrimiento de las prestaciones por el sistema de pensiones, con el recobro de los recursos a los empleadores, a través de un cálculo actuarial. En la mencionada sentencia, se dijo al respecto:

Los hechos anteriores permitirían afirmar que la pensión estaría a cargo de la entidad bancaria demandada, sino fuera porque en el asunto bajo examen es necesario distinguir entre una afiliación tardía al sistema pensional, efectuada al poco tiempo de iniciada la relación laboral, de la abstención completa de afiliación durante todo el tiempo de duración del contrato de trabajo, o cuando es ostensiblemente tardía, últimos dos eventos en los cuales el ordenamiento jurídico colombiano asignaba al empleador la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez en las mismas condiciones en las que lo hubiera asumido el sistema general de pensiones.

En tanto que en la primera de las situaciones descritas, es decir, una afiliación tardía o una simple omisión parcial de cotizaciones, podía el empleador cancelar lo adeudado juntos con los réditos causados, dejando en cabeza del sistema la obligación de asumir la prestación de vejez.

Sin embargo, el artículo 9 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de 2003, estableció la posibilidad de sumar el tiempo de servicios con empleadores omisivos en la afiliación al sistema general de pensiones, a través del pago de un título pensional a favor de la entidad de seguridad social, con base en el cálculo actuarial que ésta elabore [...]

El anterior planteamiento está acorde con el carácter retrospectivo que tienen las normas de seguridad social y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el

momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un número importante de semanas cotizadas para su consolidación. De ahí que de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala haya prohijado la posición de establecer que es la ley vigente en el momento en el que se consolida el derecho pensional, la que regula las consecuencias de la falta de afiliación en relación precisamente con esa consolidación.

En este punto resulta oportuno reiterar que la jurisprudencia ha sido consistente también en sostener que no le está dado al empleador liberarse de responsabilidad cuando no afilia al trabajador al sistema de seguridad social, pues si la afiliación no se produce, con independencia de su razón, el empleador queda obligado al traslado del cálculo actuarial, de conformidad con lo establecido en los literales c) y d) del párrafo 1.º del art. 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

En este caso, no se discute que el actor nació el 14 de noviembre de 1946 y cumplió la edad de 60 años el 14 de noviembre de 2006 (fol. 6 Cuaderno Primera Instancia_Cuaderno_2023024407460), por lo que su derecho se habría consolidado en vigencia de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y, por lo mismo, tal normatividad resultaba plenamente aplicable para definir la controversia relacionada con su falta de afiliación al sistema de pensiones.

Ahora bien, la sociedad demandada era plenamente consciente de su omisión en la afiliación al Instituto de Seguros Sociales del actor y, a pesar de que a partir del año 1994, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, del Decreto 1887 de 1994 y la Ley 797 de 2003, contaba con instrumentos para solucionar esa situación antes del 14 de noviembre de 2006, fecha en la que se causó el derecho a la pensión de vejez, no adelantó diligencia alguna tendiente a la convalidación de tiempos servidos, a través de cálculo actuarial, sino que, de manera autónoma optó por reconocer al trabajador una pensión que denominó “*anticipada*”, asignándole el carácter de compartida, a partir del 14 de julio de 2006. Debido a ello, continuó cotizando hasta que el actor cumpliera los requisitos para acceder a la pensión de vejez, es decir, hasta el 14 de noviembre de ese mismo año, cuando el trabajador acreditó los 60 años, que es la fecha a partir de la cual el ISS le otorgó la prestación de vejez.

Así las cosas, en este caso la solución para convalidar los tiempos de servicios prestados no era el reconocimiento de una pensión voluntaria utilizándose la figura de la *compartibilidad pensional*, como lo reclama la cesura, sino un cálculo actuarial representado en la emisión de un título pensional, pues así los ha señalado la Sala, entre otras, en la sentencia CSJ SL2014 de 2023, «*figura jurídica que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido como efectiva para validar los tiempos prestados por los trabajadores que no fueron afiliados, sea por omisión del empleador, falta de cobertura del ISS o cualquier otro ente de previsión (CSJ:*

SL4334-2019, SL197-2019, SL1356-2019, SL1140-2020, SL2584-2020, SL2879-2020 y SL3694-2021)».

De otra parte, para **PDC SA**, tampoco se traduce lo afirmado en precedencia, con fundamento en la línea jurisprudencial que ha venido trazando la Corte, que quede exonerada de responsabilidad en el reconocimiento y pago del cálculo actuarial, como ahora lo pretende a través del recurso extraordinario, dado que esa es la consecuencia que se impone por no haber cubierto a tiempo las cotizaciones y, en ese marco, es responsable, tal como lo determinó el Tribunal.

Ahora, tal como se desprende de la historia laboral y de la resolución 045939 de 2007, por la cual el ISS reconoció al trabajador la pensión de Vejez (fls. 10,11,12 y 52 Cuaderno Primera Instancia_Cuaderno_2023024407460), **PDC SA** sufragó 568 semanas al cumplimiento de la edad exigida para la pensión del demandante, del 1 de abril de 1994 al 14 de noviembre de 2006, suficientes para que el ISS otorgara la pensión legal bajo las exigencias del Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, con lo cual se acredita que las cotizaciones efectuadas con posterioridad al reconocimiento de la pensión voluntaria fueron únicamente 17 semanas, puesto que la pensión extralegal se reconoció a partir del 14 de julio de 2006 y el ISS, en la resolución mencionada, reconoció la pensión de vejez a partir del 14 de noviembre de ese mismo año.

En ese sentido, aunque Palmeras de la Costa SA

reconoció al demandante una pensión *anticipada* de carácter extralegal, no es posible considerar que tal circunstancia lo exime de pagar el dispositivo financiero en mención a fin de convalidar el tiempo de servicio que el demandante prestó sin afiliación al sistema.

En ese sentido, es necesario distinguir entre una falta de afiliación por un tiempo que no supera los 5 años, del 16 de junio de 1989 al 31 de marzo de 1994, con una abstención de la afiliación durante toda la existencia de la relación laboral, o cuando es ostensiblemente tardía, lo que no ocurrió en este caso, puesto que la inscripción al ISS fue autorizada en el municipio de Copey a partir del 1 de octubre de 1992, como se desprende de la resolución 5430 del 17 de septiembre de 1992 (fls. 45 y 46 Cuaderno Primera Instancia_Cuaderno_2023024407460), y la demandada afilió al trabajador a partir del 1 de abril de 1994.

Por ello, en los eventos de falta de afiliación durante la toda la existencia del contrato de trabajo o cuando se realiza manifiestamente de forma tardía, el ordenamiento jurídico colombiano asignaba al empleador la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez en las mismas condiciones en las que lo hubiera asumido el sistema general de pensiones.

Conviene destacar que, aunque la demandada continuó cotizando con posterioridad al reconocimiento de la pensión extralegal, la verdad es que no utilizó los parámetros legales para validar los períodos en los que el trabajador prestó sus servicios sin afiliación, del 16 de junio de 1989 al 31 de marzo

de 1994, vigentes para el momento en que el trabajador cumplió los requisitos para la pensión, como son el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003.

En efecto, la finalidad de la figura de la *compartibilidad pensional* nunca consistió en dejar en cabeza del empleador la libertad de afiliarse o no al trabajador estando obligado a ello, ni concederle la facultad de escoger entre afiliarse al trabajador o reconocer una pensión legal o extralegal con miras a subrogar la obligación total o parcialmente con el ISS, pues si fuera de esa manera el aseguramiento social perdería su esencia fundada en el principio de *obligatoriedad*, pilar fundamental de la estructura del sistema integral de seguridad social.

La convalidación de los tiempos no cotizados por falta de afiliación a través de la emisión de un título pensional, se articula con los principios constitucionales y legales de la seguridad social como la universalidad, unidad e integralidad, que abogan por la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores, en el sentido amplio del término, a través de un sistema único, articulado y coherente, que propende por eliminar la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad (CSJ SL14388 de 2015).

En ese sentido, la demandada no se encontraba autorizada legalmente para que, *motu proprio*, utilizara la otrora figura de la *compartibilidad pensional*, como lo hizo

inapropiadamente para sustraerse del pago del cálculo actuarial, so pretexto de estar reconociendo una pensión al trabajador *por todo el tiempo trabajado*, cuando la verdad es que el tiempo de servicios sin afiliación corrió del 16 de junio de 1989 al 31 de marzo de 1994, lo que priva al trabajador de contabilizar un número semanas, indispensable para el reconocimiento del derecho en el monto que legalmente corresponde.

En la misma línea, cuando el Tribunal ordenó la emisión de un título pensional para convalidar períodos no cotizados por el empleador, no desconoció por ello el contenido del acta de conciliación respecto del reconocimiento de la pensión voluntaria de jubilación, como lo afirma equivocadamente la censura, pues lo que se resalta es que tal reconocimiento, no obstante utilizarse la figura de la compatibilidad pensional, no es el mecanismo que contempla la normatividad para computar aquellos tiempos en donde el empleador por omisión no afilió al trabajador.

Así, el pago del cálculo actuarial permite al trabajador acceder a la pensión de vejez en el monto que corresponde conforme al acuerdo 049 de 1990, y sin resquebrajar la estabilidad financiera del sistema, *«ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores, con instrumentos como el cálculo actuarial y herramientas de coacción como las que tienen legalmente las entidades de seguridad social»* (CSJ SL14388 de 2015).

Por consiguiente, aunque **PDC SA** reconoció al demandante una pensión extralegal bajo la figura de la *compartibilidad pensional* --no obstante en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, lo que no fue objeto de debate en el proceso--, lo cierto es que la consecuencia que se impone por no haber cubierto a tiempo las cotizaciones, no es otra que la de convalidar ese tiempo de servicios a través de un cálculo actuarial y, en ese sentido, es responsable, tal como lo determinó el Tribunal.

Al respecto, de cualquier manera y a riesgo de fatigar, la omisión en la afiliación o su cumplimiento tardío no tendrían como consecuencia el reconocimiento de la pensión de jubilación por el empleador, de manera compartida con el Instituto de Seguros Sociales, como lo afirma la acusación, por lo que el Tribunal no incurrió en los errores que se relacionan con este tópico.

Por último, la Corte reitera que dada la evolución legislativa respecto de prestaciones causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, tanto en su redacción original, como con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, las omisiones del empleador en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, deben tener como solución el cómputo del tiempo servido, a través de un cálculo actuarial, para que de esta manera la entidad de seguridad social pueda contabilizar las semanas cotizadas correspondiente a dicho lapso, sin afectar los recursos para el financiamiento de la prestación.

En ese orden, no encuentra la Sala ningún dislate atribuible al Tribunal en la aplicación de las normas acusadas, que sirvieron de apoyo para dar solución al caso y, por ende, los cargos no prosperan.

Sin costas en el recurso extraordinario, como quiera que no hubo oposición.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el veintiuno (21) de febrero de dos mil veinte (2020) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LAM** contra **PDC SA**.

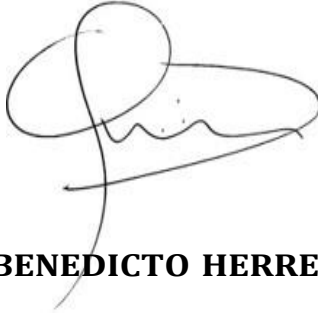
Costas como se indicó en la parte motiva.

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

Firmado electrónicamente por:



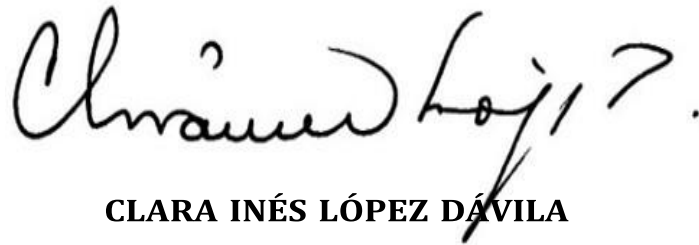
MARJORIE ZÚÑIGA ROMERO
Presidenta de la Sala



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: FCFE1465009C5060191131ACB5C9E45008B5E2FF494F1291F640E33A50C69C68
Documento generado en 2024-07-03