Radicación: 66001-31-05-004-2020-00137-01

Proceso: Ordinario

Demandante: Aydiesed Álvarez

Demandado: Colpensiones y Comestibles la Rosa S.A.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

MAGISTRADO: **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, ocho [08] de mayo de dos mil veintitrés [2023].

**ACLARACIÓN DE VOTO**

A pesar que no tiene incidencia en el resultado de la decisión, debo aclarar mi voto en cuanto, en la providencia, se asume como posición vigente de la Sala la acogida por la Corte -que no comparto- respecto al pago del cálculo actuarial que esa Corporación considera que deben hacer los empleadores por tiempos anteriores al año 1967 en que tuvieron trabajadores que no pudieron afiliar al ISS por falta de cobertura en la región donde prestaban el servicio. Tema sobre el cual me he alejado explicando que:

“A partir de la sentencia CSJ SL 8453 de 1996, reiterada entre otras en las sentencias CSJ SL 32639, 27 oct. 2009, CSJ SL 39914, 10 jul. 2012 y CSJ SL 39144, 29 ene. 2014, la Sala de Casación Laboral sentó la posición consistente en que en aquellos casos en los que el empleador no afilió a su trabajador a los riesgos IVM debido a la ausencia de cobertura del ISS, la cual se fue implementando gradualmente a partir del año 1967, no es dable responsabilizarlo de una omisión en sus obligaciones y por lo tanto no está llamado a cancelar los aportes correspondientes a esos periodos.

Sin embargo, a partir de la sentencia CSJ SL41745, 16 jul. 2014, la Corte cambió su precedente en el sentido de hacer responsables a los empleadores frente a sus trabajadores en el pago de los aportes a la seguridad social en pensiones, a través de un cálculo actuarial, aun cuando ello no haya acontecido por su culpa o negligencia ante la falta de cobertura del ISS, **estableciendo que tal responsabilidad debe recaer en esos empleadores en aquellos casos en los el trabajador no logró concretar el derecho pensional, ya que de esa manera se logra la protección integral del trabajador**, postura que reiteró en la sentencia SL1356 de 3 de abril de 2019 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, así:

“Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL9856-2014, luego reiterada en sentencia CSJ SL10122-2017, la Sala definió: (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, y (iii) 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”.

En ese contexto, resulta evidente para la Sala que el ad quem no se equivocó al condenar al empleador a “reconocer y constituir TITULO (sic) PENSIONAL” a favor del accionante, correspondiente al periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 1972 y el 2 de enero de 1984, pues como quedó visto en precedencia, ello condujo a la protección integral que se debe al trabajador.”.

No obstante lo anterior, considero que a tal conclusión se llegó sin considerar que:

**PRIMERO:**

“El Sistema de Seguro Social creado mediante la Ley 90 de 1946 no entró en vigor de manera inmediata y por ende en la exposición de motivos el Gobierno Nacional dispuso la necesidad de implementarla gradualmente, razón por la que a través del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de esa misma anualidad, al asumir el ISS los riesgos IVM, dividió a los trabajadores de aquella época en tres grupos, tal y como lo expuso en múltiples providencias la Sala de Casación Laboral, entre ellas, las de 6 de mayo de 1998 radicación Nº10.557, 10 de octubre de 2002 radicación 18.707, 26 de julio de 2005 radicación Nº24.405, 27 de febrero de 2008 radicación Nº32.606 esta última con ponencia del Magistrado Luis Javier Osorio López, cuando reiteró:

“... es bueno recordar que cuando el I.S.S. asumió el riesgo de vejez, el derecho a la pensión de jubilación o de vejez dividió a los trabajadores en tres grupos, así: 1. Trabajadores que no habían completado los diez años de servicios continuos o discontinuos para un mismo patrono, y trabajadores que llevaban cualquier tiempo pero prestaban servicios a empresas cuyo capital no alcanzaba a $800.000,00. 2. Trabajadores que ya habían completado los diez años, pero no habían llegado a los veinte al servicio de un mismo patrono con capital superior a $800.000,00. 3. Trabajadores que ya habían cumplido los 20 años de trabajo, continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador con capital superior a $800.000,00.

“El primer grupo de trabajadores quedó excluido del derecho a la pensión consagrado en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y quedó sujeto a las normas que regulan el derecho a la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales.

“El tercer grupo continuó con su derecho en los términos del mencionado artículo 260, a cargo del patrono, toda vez que el Instituto no asumió, respecto de éstos, el riesgo de vejez.

“Y los trabajadores del segundo grupo conservaron el derecho a la pensión de jubilación tal y como estaba consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo, pero el empleador puede continuar las cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales para que, cuando se cumplan los requisitos del caso, el I.S.S. comience a pagar la pensión de vejez correspondiente y el empleador solo quede obligado con la parte de la pensión que no alcance a cubrir el I.S.S.; es la que comúnmente se conoce con el nombre de pensión compartida.”

Nótese que frente al primer grupo, es decir, aquellos trabajadores que no habían completado diez años de servicios, ninguna responsabilidad se le atribuyó al empleador, ya que como se vio, a partir de la cobertura del ISS en la asunción de los riesgos IVM, la cual inició el 1º de enero de 1967 de manera gradual, este contingente de trabajadores quedó sujeto a las normas que regulan el derecho a la pensión de vejez a cargo precisamente del ISS; atribuyéndosele únicamente a partir de ese momento, la responsabilidad al empleador de afiliar a sus trabajadores y realizar las cotizaciones correspondientes mientras se encuentre vigente el vínculo laboral.

Es que lo que dispuso el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de esa misma anualidad para este tipo de trabajadores, los que no habían alcanzado a cumplir diez años de servicios continuos o discontinuos con su empleador, fue la posibilidad de adquirir el derecho a la pensión de vejez con un mínimo de 500 semanas de cotización, algo menos de diez años, situación ésta que compensaba precisamente los diez años o menos que eventualmente se hubieren servido antes de entrar a regir el sistema mismos que si se observa bien, sumados a las 500 semanas exigidas en los reglamentos, refleja en total los 20 años exigidos tradicionalmente para acceder a la pensión de vejez (Artículo 260 del C.S.T. literal c) artículo 14 de la ley 6ª de 1945).

**SEGUNDO:**

**CONSTITUCIONALIDAD DEL LITERAL C. DEL PARÁGRAFO 1º DEL ARTÍCULO 33 DE LA LEY 100 DE 1993.**

Establece la norma en cita que, para efectos del cómputo de las semanas tendientes a obtener la pensión de vejez, deberá tenerse en cuenta el tiempo de servicio de los trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de ese cuerpo normativo 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.**

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad fue demandada la expresión “… siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.”, lo que llevó a la Corte Constitucional a abordar el tema propuesto, concluyendo en sentencia C-506 de 2001, que tal expresión no vulneraba los artículos 1º, 2º, 25, 46, 48 y 53 de la Carta Política, y en consecuencia la declaró exequible.

Para llegar a esa conclusión, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, después de recordar cuales fueron los argumentos que precedieron la expedición de la Ley 100 de 1993, señaló que antes de su entrada en vigor, los trabajadores del sector privado no tenían la posibilidad de exigir el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por los tiempos de servicio acumulado en varias entidades privadas que tuviesen a su cargo el pago de la pensión, si no cumplían el lleno de los requisitos para acceder a esa prestación dentro de la respectiva empresa; por lo que, “… si los trabajadores privados no alcanzaban a cumplir de manera completa tales requisitos, no se consolidaba el derecho a la prestación y las semanas servidas a la entidad no podían tenerse en cuenta para efectos de ninguna otra pensión.”.

En atención a ello, señaló la Corte, fue que el legislador a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 estableció una nueva obligación en cabeza de esos empleadores, que consistió en el aprovisionamiento hacía el futuro de los cálculos actuariales que correspondían al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró en vigencia esa ley, o que se inició con posterioridad a ella; lo cual, en su entender, constituyó un avance en el proceso de universalización de la seguridad social.

No obstante, afirmó la Corte, que lo que no podía hacer el legislador, **era imponer obligaciones en relación con situaciones jurídicas ya consolidadas**, explicando que:

“Para la Corte al respecto, la argumentación planteada por la demandante atinentes al empobrecimiento del trabajador y el correlativo enriquecimiento injustificado del empleador en este caso, desconoce el hecho de que en lo concerniente a las relaciones laborales extintas antes del 23 de diciembre de 1993 (fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993) no había nacido ningún tipo de obligación en cabeza del empleador ni ningún derecho correlativo en cabeza del trabajador que pudiera considerarse válidamente un derecho patrimonial y que fuese por tanto exigible al primero de ellos. Como se dijo atrás los trabajadores que se encontraban en estas circunstancias tenían una simple expectativa de derecho que solo se consolidaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos legales.

Crear en cabeza del empleador una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida sería necesariamente inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica, postulado básico de un Estado de Derecho (art. 1 y 58 C.P.). Así lo ha reconocido la Corte en los siguientes términos:

“El principio de la irretroactividad de la ley tiene plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Una nueva ley, dispone tal principio fundamental para la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron”.”.

Así las cosas, considero que, en este tipo de casos, no es posible responsabilizar al empleador a cancelar título actuarial por los periodos en los que no hubo cobertura por parte del ISS en las zonas del territorio nacional donde sus trabajadores prestaban el servicio, no solamente porque esa postura estaba sólidamente fundamentada por la propia Sala de Casación Laboral por más de 20 años desde la sentencia CSJ SL 8453 de 1996, sino también porque como se expuso previamente, para este tipo de trabajadores que no habían concretado diez años de servicios continuos o discontinuos con su empleador al momento en el que inició la cobertura del ISS, el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de 1966 dispuso la posibilidad de acceder al derecho a la pensión de vejez acreditando 500 semanas de cotización, que compensaba la ausencia de cotizaciones en esos diez años de servicios en los que no hubo cotizaciones.

Sin que adicionalmente pueda perderse de vista lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-506 de 2001 cuando declaró exequible el literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, cuando después de avalar la nueva obligación creada en cabeza de empleadores que asumían el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, **siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 (requisito que no se cumple en este evento al haber finalizado la relación laboral el 30 de junio de 1987)**, le advirtió al legislador que le quedaba prohibido imponer obligaciones en relación con situaciones jurídicas ya consolidadas, como en este caso, ya que ello resultaría abiertamente inconstitucional al atentar contra el principio de seguridad jurídica; lo que impide precisamente que por esta vía se dispongan ese tipo de obligaciones a empleadores que no hicieron cotizaciones frente a sus trabajadores por la falta de cobertura del ISS y respecto de los cuales su situación jurídica ya quedó consolidada.

Ahora bien, en la sentencia finalmente no se condenó a Comestibles la Rosa S.A. al pago del cálculo actuarial, pero ello se debió al hecho consistente en que la demandante había adquirido su derecho pensional, lo cual, en términos de la jurisprudencia de la Corte, también exime al empleador de asumir el pago de aquel.

Por lo anterior es que dejo hecha esta aclaración.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado