

CONSTANCIA SECRETARIAL: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 28 de febrero de 2023, Colpensiones remitió en término los alegatos de conclusión, como se aprecia en el archivo 06 de la carpeta de segunda instancia. Los restantes sujetos procesales guardaron silencio.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

Sin necesidad de firma Artículo 2, inciso 2 Ley 2213 de 2022 y artículo 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 C.S.J.

Radicación No.: 66001-31-05-001-2020-00010-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jorge Suarez Valero
Demandado: Colpensiones
Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, veintiséis (26) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Acta No. 99 del 22 de junio de 2023

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN, como Ponente, y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA, y el Magistrado GERMÁN DARÍO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **JORGE SUAREZ VALERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y, al cual fue vinculado el **BANCO DE BOGOTA S.A.**

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta dispuesta en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y el recurso de apelación presentado por esta misma administradora pensional y por el vinculado Banco de Bogotá S.A., en contra de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La demanda y la contestación de la demanda

El citado demandante solicita que, previa declaración del derecho, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar en su favor la pensión de vejez a partir del 03 de febrero de 2016, con el respectivo retroactivo pensional, los intereses moratorios, en subsidio de estos la indexación y las costas procesales.

Para fundar tales pedidos, indica que nació el 12 de febrero de 1949; que prestó sus servicios al Departamento de Boyacá, Senado de la República y Ministerio de Minas y Energía, así como laboró para el Banco de Comercio S.A., Seguros Condor S.A. y Arrienda fácil Ltda.; que el 03 de febrero de 2016 solicitó por primera vez la pensión de vejez ante Colpensiones, misma que le fue negada mediante Resolución GNR 140551 del 12 de mayo de 2016 y; que el 22 de enero de 2018 reiteró la solicitud de reconocimiento pensional, siéndole nuevamente negada, esta vez mediante resolución SUB 185558 del 16 de julio de 2019.

Agrega que, al decidir las solicitudes pensionales, Colpensiones no tuvo en cuenta el tiempo laborado para el Banco de Comercio entre el 24 de abril de 1967 y el 30 de enero de 1972 para un total de 245 semanas y para Rincón Costeño entre el 14 de febrero de 2005 y el 30 de julio de 2005 equivalente a 23 semanas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso al triunfo de las pretensiones aduciendo que el actor no reúne los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, toda vez que perdió el régimen de transición al no alcanzar 750 semanas al 25 de julio de 2005 y como únicamente registra 712 semanas en toda su vida laboral, no causó el derecho bajo la ley 797 de 2003. Así, propuso como excepciones de mérito las que denominó: "inexistencia de la obligación demandada"; "cobro de lo no debido- intereses moratorios"; "prescripción"; "buena fe" y "declarables de oficio".

Una vez vinculado al proceso, el **BANCO DE BOGOTÁ S.A.**, si bien no se pronunció sobre las pretensiones de la demanda, al estar dirigidas exclusivamente en contra de Colpensiones, atendiendo que fue integrado al proceso frente al eventual pago del cálculo actuarial por los aportes no registrados en favor del señor Jorge Suárez Valero desde el 24 de abril de 1967 al 30 de enero de 1972, se opuso a que se le condene a pagar el título pensional a través de cálculo actuarial que convalide los aportes eventualmente dejados de pagar por el Banco de Comercio S.A., bajo el argumento de

que el actor alcanzó la mayoría de edad el 12 de febrero de 1971, por lo que antes de esta fecha no existe información en Colpensiones sobre inscripción por parte de un presunto empleador ni sobre pago de aportes pensionales en su favor bajo el número de cédula de ciudadanía y, por ende, de existir alguna información sobre el particular en el archivo de Colpensiones debe figurar bajo el número de la tarjeta de identidad correspondiente, por lo que no se puede afirmar como una verdad procesal que el Banco de Comercio hubiera omitido la inscripción o que hubiera omitido el pago de aportes pensionales en favor del señor Suárez, como su empleado menor de edad.

Agregó que, entre el señor Suárez y el Banco de Bogotá S.A. nunca se llegó a celebrar ninguna clase de contrato ni tampoco existió sustitución patronal, desconociéndose qué clase de contrato se celebró entre el demandante y Banco de Comercio por el período comprendido entre el 24 de abril de 1967 al 30 de enero de 1972, ni en qué sitio el señor Suárez pudo haber prestado esos servicios, para determinar si para esa calenda el empleador estaba en la obligación o no de pagar aportes para pensión en su favor por falta de cobertura del ICSS en la región.

En ese orden, propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó "falta de causa para pedir"; "inexistencia de las obligaciones demandadas"; "responsabilidad exclusiva de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones"; "aplicación de la normatividad vigente al momento de la causación del pago de aportes pensionales" y "Prescripción".

2. Sentencia de primera instancia

La *a-quo* declaró que el Banco de Comercio omitió afiliar al demandante entre el 24 de abril de 1967 y el 30 de enero de 1972 y, por lo tanto, condenó al Banco de Bogotá, como entidad absorbente del Banco de Comercio, al pago de los aportes mediante cálculo actuarial. Concomitante a lo anterior, condenó a Colpensiones a que, una vez pagado el cálculo actuarial, incluya en la historia laboral las cotizaciones, al igual que corrija lo pertinente respecto a los aportes entre el 14 de febrero de 2005 y el 30 de julio de 2005 por parte del empleador Rincón Costeño.

Por otra parte, declaró que al señor Suarez Valero, como beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990. De acuerdo a ello, condenó a la administradora pensional, una vez recibido el pago del cálculo

actuarial, a pagar en su favor del demandante la pensión de vejez, teniendo en cuenta una mesada pensional de \$524.834 para el 2009.

No obstante, al declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, ordenó el reconocimiento del retroactivo pensional a partir del 17 de enero de 2017, debidamente indexado, del cual, debe ser descontado, igualmente indexada, la suma pagada por concepto de indemnización sustitutiva.

Para arribar a tal determinación, efectuó un recuento de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, respecto a las inconsistencias presentadas en la historia laboral y sobre las diferencias de falta de afiliación y mora patronal, para así, con apoyo en la prueba documental, encontrar acreditado la relación laboral del demandante con Rincón Costeño por 24 semanas, pese a que en la historia laboral actualizada al 26 de agosto de 2019, se cuente con la anotación de no tener relación laboral para ese pago, razón por la cual debe ser agregadas a las 732 semanas cotizadas y tiempos públicos servidos.

Agregó, en cuanto al Banco de Comercio, que como las cotizaciones se reportan a partir del 31 de enero de 1972 y quedó demostrado el vinculado laboral desde el 24 de abril de 1967, debe pagarse por parte del vinculado el cálculo actuarial, incluso aunque el tiempo a reconocer sea anterior a la obligación de vincular al trabajador por falta de cobertura en la zona o que el actor hubiese sido afiliado con número de tarjeta de identidad, toda vez que , este último supuesto no se demostró, siendo claro que con la fusión por absorción, el Banco de Bogotá adquirió las obligaciones de la entidad bancaria absorbida y debe hacerse cargo del pasivo, para un total de 249 semanas omitidas.

En cuanto al derecho pensional, concluyó que, al sumar las semanas de servicio público, las efectivamente cotizadas y las laboradas al Rincón Costeño y al Banco de Comercio, el actor alcanzó 1.001 semanas y como alcanzó los 60 años en el 2009, causó la prestación en virtud del Acuerdo 049, en aplicación del régimen de transición, a partir del 01 de abril de 2009, por ser su última cotización el 31 de marzo de aquel año, por 14 mesadas anuales.

No obstante, en virtud de la prescripción excepcionada por Colpensiones, encontró extintas las mesadas causadas con antelación al 17 de enero de 2017, dada que en esta calenda se presentó la demanda.

Finalmente, absolvió a Colpensiones de los intereses moratorios y las costas procesales, al considerar que la negativa pensional obedeció a que para ese momento el actor no cumplía los requisitos, en aplicación estricta de la ley.

3. Recurso de apelación

La apoderada judicial del Banco de Bogotá solicitó que se revoque la condena impuesta, al argumentar que no hubo omisión de afiliar al demandante, sino que para ese momento el Banco de Comercio no tenía la obligación de realizar aportes por falta de cobertura, adicional a lo cual el actor era menor de edad. Agregó que, en el evento en que se considere que hay lugar al pago del cálculo actuarial, debe tenerse en cuenta la sentencia T-435 de 2014 y T-281 de 2020, en las que se indica que la liquidación de los aportes debe ser a cargo del empleador el 50% y responder el Estado por el otro 50%.

Por su parte, Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por el despacho de instancia, bajo el argumento de que el demandante no cumple con los requisitos del acuerdo 049 de 1990, pues no contaba 750 semanas al 2005 y no era beneficiario del régimen de transición.

4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

Analizados los alegatos presentados por Colpensiones, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del art. 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa a continuación.

5. Problema jurídico

Por el esquema del recurso de apelación y dando alcance al grado jurisdiccional de consulta, la Sala deberá determinar lo siguiente:

1. ¿El Banco de Comercio tenía la obligación de afiliar al demandante y realizar los aportes entre el 24 de abril de 1967 y el 30 de enero de 1972?

2. ¿Es viable sumar al actor los periodos de cotización en mora y/o por falta de afiliación, para alcanzar la densidad mínima de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez?
3. De ser positiva la respuesta anterior ¿el demandante acreditó los requisitos para causar la prestación conforme al acuerdo 049 de 1990?

6. Consideraciones

6.1. Mora del empleador en el pago de aportes pensionales y falta de afiliación.

La jurisprudencia patria ha sido clara en determinar que ni la mora en el pago de los aportes ni la falta de afiliación por parte del empleador pueden perjudicar las aspiraciones del trabajador de obtener el reconocimiento pensional, sumándose los tiempos echados de menos por la omisión de las obligaciones del patrono, siempre que en el curso del proceso logre demostrar el vínculo contractual durante los periodos incumplidos. Esto por cuanto el trabajador que cumplió con sus obligaciones – prestación del servicio-, no tiene por qué soportar la negligencia de los restantes actores del sistema.

No obstante, si bien en ambos supuestos (mora y falta de afiliación), una vez acreditada la relación laboral, la obligación de reconocimiento de la prestación está a cargo de la administradora pensional; dependiendo de la situación que se presente, al empleador le compete o bien efectuar el pago de los aportes debidos con los respectivos intereses moratorios, caso de la mora patronal o tratándose de la falta de afiliación, cancelar el cálculo actuarial por los tiempos en que no hubo inscripción al sistema pensional, toda vez que en este último caso, al no ser conocido por la entidad de seguridad social la existencia del contrato de trabajo, no le era posible efectuar las acciones de cobro, que eran su responsabilidad en el caso de la mora.

En ese entendido, en el caso de la mora o el pago tardío de aportes, si no hay gestión de cobro por parte de la entidad de seguridad social, no puede existir la declaratoria de «*deuda incobrable*» sobre las cotizaciones que se registran en mora, por lo que no cabrían los efectos del artículo 75 del Decreto 2665 de 1988, cuáles son los de tener por inexistentes esas cotizaciones. Así, al cumplir el trabajador con la carga de probar que prestó el servicio por los periodos que echa de menos en su historia laboral,

es procedente ordenar vía judicial el reconocimiento pensional, teniendo en cuenta tales periodos.

Asimismo, ocurre en cuanto a la falta de afiliación del trabajador por parte de su empleador, pues si bien la entidad de seguridad social no tuvo la oportunidad de efectuar acciones cobro sobre unos periodos que no conoció, el derecho pensional del trabajador no puede ceder ante la negligencia del patrono y, por ende, en estos casos, judicialmente es viable ordenar el pago del cálculo actuarial al empleador con destino a la administradora pensional, y esta última, a su vez reconocer la pensión deprecada.

En el último caso, para que los periodos sean tenidos en cuenta a efectos de contabilizar las semanas cotizadas, se requiere la cancelación previa y a satisfacción del cálculo actuarial ante el fondo de pensiones, aportes que deben ser imputados al periodo correspondiente, con independencia de que la deuda haya sido cancelada con posterioridad, conforme lo precisó la Corte, en sentencia CSJ SL 3070 de 2020 del 19 de agosto de 2020, Magistrado Ponente Luis Benedicto Herrera Diaz, memorada por esta Corporación en providencia del 09 de diciembre de 2020, radicado 66001-31-05-004-2018-00433-01, Magistrado Ponente Julio César Salazar Muñoz, al siguiente tenor:

“Vale precisar, que el hecho de que el pago del cálculo actuarial se hubiere realizado por el Colegio Nuestra Señora de la Paz, en su condición de ex empleador de la actora en el año 2007, en nada afecta el derecho que a ésta le asiste, en tanto dicho pago se imputó a los períodos adeudados para del año 1973, como quedó evidenciado en la historia laboral

Y, precisamente, mecanismos de pago como el cálculo actuarial, los bonos pensionales, los títulos pensionales y, aún, los aportes con intereses moratorios no son más que fórmulas de convalidación de las cotizaciones no efectuadas en tiempo, cualquiera que hubiere sido su razón. Frente a estas fórmulas de pago, cualquier reproche que se pudiese plantear por no pago, pago tardío, pago deficitario, etc., se desvanece o purga, de manera que, su efecto es el de tener por cumplida la obligación de pagar.”

De acuerdo a lo previsto en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 4 de la Ley 797 de 2003, durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingreso por prestación de servicios que aquellos devenguen.

6.2. Obligación de las entidades administradora de pensiones respecto al manejo de las historias labores

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia SL3691-2021 adoctrino que las administradoras pensionales, sin importar el régimen que administren, tienen el deber de custodiar, conservar y verificar la información de las historias laborales de sus afiliados, para lo cual deben tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 1581 de 2022 respecto al manejo y protección de datos personales. Adicionalmente, recalco el Alto Tribunal que esta custodia adecuada reviste de vital importancia, en la medida que la observancia efectiva de esta gestión permite que los empleadores cumplan con sus obligaciones pensionales, a la par que evita tardanzas injustificadas en el reconocimiento de las prestaciones del sistema.

En ese orden, concluyó que *“si en esta gestión existen infracciones por parte de los entes administradores de pensiones, es impensable que las consecuencias negativas que ellas deriven puedan trasladarse a los afiliados, y menos cuando las mismas no les son atribuibles.(...) En ese sentido, el efecto del incumplimiento de los deberes de gestión, guarda, conservación y verificación del contenido de la historia laboral debe ser asumido por la entidad administradora, pues esta cuenta con los recursos e infraestructura necesaria y suficiente para identificar con anticipación las inconsistencias que se presenten”*.

La postura de la Sala de Casación Laboral es compartida plenamente por la Corte Constitucional, tal como esta Corporación, con ponencia de la Magistrada Alejandra María Henao Palacio en la sentencia del 05 de octubre de 2020, radicado 2018-349, recordó:

“La Corte Constitucional, por ejemplo ha indicado que la obligación que surge para las administradoras de pensiones respecto del manejo de las historias laborales es la que las vincula con la custodia, conservación y guarda de la información que determina si sus afiliados cumplen con los requisitos de acceso a la pensión y de los documentos físicos o magnéticos en los que esa información reposa¹. Así mismo, involucra también el deber de organizar y sistematizar esos datos, sin que sea posible trasladarle al afiliado las consecuencias negativas de dicha infracción, puesto que es la entidad administradora quien debe asumirlas, toda vez que esta quien cuenta con los medios necesarios para gestionar los datos de las cotizaciones y aportes de sus afiliados²”.

6.3. Caso concreto

Sea lo primero advertir que, tal como lo señaló la jueza de primera instancia, dentro del expediente administrativo allegado por Colpensiones y que reposa en el archivo 23

¹ Sentencia T- 585 de 2011, Corte Constitucional.

² Sentencia T- 493 de 2013, Corte Constitucional

del cuaderno de primera instancia, se pueden apreciar varias historias laborales, mismas que si bien coinciden en que la fecha de la última cotización fue el 31 de mayo de 2009, presentan diferente número de semanas, a pesar de ser expedidas con posterioridad a la fecha de la última cotización. Así, por un lado, las historias laborales actualizadas al 08 de noviembre de 2016 y 21 de septiembre de 2017 reportan un total de 288 semanas, mientras que las historias laborales del 23 y 26 de agosto de 2019 evidencian 292 septenarios, para, finalmente, la historia laboral más actualizada, esto es, la del 06 de abril de 2021, acreditar 283.43 semanas.

Para la Sala resulta inexplicable que en el 2016 y 2017 se reporten 288 semanas y, dos años después, este número aumente a 292 septenarios, para nuevamente disminuir en el 2021 a 283.43, cuando el actor realizó cotizaciones únicamente hasta mayo de 2009, razón por la cual el número de semanas reportadas a partir de ese año, debió aumentar -si es que se echaban en falta ciclos- o, como mínimo permanecer igual, más no fluctuar y disminuir sin explicación alguna.

Adicionalmente, debe indicarse que el actor prestó sus servicios a diferentes entidades públicas, siendo aceptado por Colpensiones mediante la resolución SUB 185558 del 16 de julio de 2019 que el tiempo servido por el demandante al sector público equivale a 425 semanas.

En ese orden, tal como lo hiciera la jueza de primera instancia, en principio la Sala encuentra procedente tomar como base para determinar el número de semanas cotizadas por el señor Jorge Suarez Valero la historia laboral del 26 de agosto de 2019, por ser la que se juzga más completa, ante el número mayor de periodos, en la que se refleja que el actor cotizó 292 semanas entre el 31 de enero de 1972 y el 31 de mayo de 2009, las cuales, al ser sumadas con las 425 semanas servidas al sector público arroja un total de 717 septenarios.

No obstante, se advierte que mediante Resolución GNR 140551 del 12 de mayo de 2016, al estudiar la solicitud pensional elevada el 03 de febrero de 2016, Colpensiones indicó que *“el interesado acredita un total de 5,127 días laborados, correspondientes a 732 semanas”*, razón por la cual atendiendo que esta resolución es anterior a la historia laboral del 26 de agosto de 2019 y a la resolución SUB 185558 del 16 de julio de 2019, y en aplicación del principio de respeto por el acto propio y de la confianza legítima, será este último valor reconocido en el acto administrativo que resolvió la solicitud pensional el que se tome como base para la contabilización de las semanas cotizadas, entre las que se itera,

se encuentra el tiempo efectivamente cotizado al entonces ISS y el tiempo como servidor público.

Superado lo anterior, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, con relación a las semanas echadas de menos por el actor por su vinculación con Rincón Costeño entre el 14 de febrero de 2005 y el 30 de julio de 2005, se encuentra que estos periodos no están reconocidos en ninguno de los actos administrativos y en las historias laborales se reportan 137 días, pero 0 cotizaciones, por cuanto se presenta la nota *“No registran la relación laboral en afiliación para este pago”*. En contraste con esta observación, con la demanda se aportó certificación expedido por el representante legal de Rincón Costeño en el cual se dejó constancia que el demandante laboró para esa empresa en el cargo de oficios varios entre el 14 de febrero y el 30 de julio de 2005, con un salario de \$381.500, documento que se encuentra igualmente en la página 43 del archivo que contiene el expediente administrativo de Colpensiones.

Tal panorama permite tener por acreditada la vinculación laboral con Rincón Costeño, puesto que no solo se allegó certificación en ese sentido, sino que de la historia laboral se deriva que realmente el empleador sí efectuó el pago de estos ciclos y Colpensiones los aceptó, sin que se haya acreditado que ejerció alguna acción para comprobar la existencia de la relación que aduce no se registró y por la cual no se reflejan los aportes, adicional a lo cual, si la administradora pensional encontraba que el pago realizado presentaba un inconveniente o era deficitario, con relación a los ciclos reportados, contaba con todas las herramientas jurídicas y coactivas para subsanar dicha situación y no limitarse a recibir el pago pero sin reflejarlo en la historia laboral de su afiliado. De acuerdo a ello, al no haber cumplido en su momento COLPENSIONES con su obligación de ejercer las acciones de cobro respectivas o efectuar los requerimientos pertinentes para esclarecer la relación laboral que dio origen a las cotizaciones efectuadas por Rincón Costeño, de conformidad con lo ordenado en el artículo 24 de la Ley 100/93, es viable tener en cuenta dichos periodos para el reconocimiento pensional, equivalente a 19.57 semanas y no a 24 septenarios como se indicó en primera instancia, como quiera que el ciclo de julio de 2005 sí se encuentra reportado en la historia laboral.

Superado lo anterior y atendiendo el recurso de apelación presentado por el Banco de Bogotá S.A., respecto al empleador Banco de Comercio debe decirse que en los argumentos de la apelación realmente no fue controvertida la existencia de la relación laboral sino la obligación de efectuar cotizaciones en aquel entonces, razón por la cual está relación laboral se encuentra acreditada, máxime que militan en el cartulario dos

certificaciones laborales que dan cuenta que el señor Jorge Suarez Valero prestó sus servicios al Banco de Comercio entre el 24 de abril de 1967 y el 15 de febrero de 1973, siendo una de estas expedida el 09 de julio de 1980 y firmada por el Jefe del Departamento de Administración de Personal del Banco de Comercio -archivo 41, página 03, cuaderno de primera instancia- y la otra suscrita por el Jefe de Salarios del Banco de Bogotá el 15 de julio de 2015 – archivo 23, página 10, cuaderno de primera instancia-.

Así pues, estando acreditada la existencia de la relación laboral y sin contarse con constancia de afiliación con anterioridad al 31 de enero de 1972, acertó la jueza de primera instancia al concluir que en este caso se presentó falta de afiliación por parte del empleador Banco de Comercio, por lo cual, atendiendo la absorción que de este efectuó el Banco de Bogotá, este último deberá pagar el respectivo cálculo actuarial por las 248.78 faltantes.

Y es que, en este punto, para responder a los argumentos de la apelación del Banco de Bogotá, respecto a que el entonces Banco de Comercio no omitió una obligación de afiliación por no contarse con cobertura por parte del ISS, basta con remitirse al criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y que ha sido acogido por esta Corporación, entre otros en la sentencia del 11 de octubre de 2021, rad. 2018-00388, M.P. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO, que reza lo siguiente:

“En efecto, en la reciente sentencia SL3250-2021, la Corte Suprema de Justicia hizo referencia a la rectificación que hizo de su jurisprudencia en la sentencia CSJ SL9856-2014, para sostener que los empleadores deben responder por los tiempos de prestación de servicio que estuvieron a su cargo, mediante el cálculo actuarial, así no existiera obligación de afiliar al Instituto de Seguros Sociales, por falta de cobertura en el lugar del desarrollo de la actividad laboral. Ello, por cuanto, desde la expedición de la Ley 90 de 1946, se estableció la obligación de los empleadores de aprovisionar el capital necesario para garantizar el acceso al derecho pensional de los trabajadores, de modo que están llamados a financiar la prestación, incluso por estos tiempos.

Igualmente, en la sentencia SL2654-2021, rememoró que la obligación del pago de las pensiones ha estado radicada en cabeza de los empleadores; luego con la Ley 90 de 1946 que creó el ISS, se estatuyó el seguro social obligatorio disponiendo en los artículos 72 y 76 que este asumiría de manera gradual el riesgo de vejez en los sitios en los que iniciara su cobertura, para lo cual los empleadores debían realizar la provisión proporcional al tiempo que el trabajador había laborado y entregársela al ISS en tal momento, para efectos del reconocimiento del derecho pensional. En suma, la carga pensional de jubilación continuó bajo el amparo de los empleadores aun cuando no

hubiera cobertura del ISS en algunas zonas geográficas o frente a algunos sectores de industria; deber que se mantuvo con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que así se contempló en los artículos 259 y 260 de dicho estatuto.

(...)

De otro lado, en sentencia SL2654-2021 que reitera la CSJ SL3810-2020 y CSJ SL5541-2018, la Corte agregó que «las disposiciones que regulan los efectos de la omisión en la afiliación, por cualquier causa, son las vigentes al momento del cumplimiento de los requisitos para obtener el derecho pensional, e independientemente de que las diferentes situaciones se presenten con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL16715-2014, CSJ SL2731-2015, CSJ SL2412-2016 y CSJ SL14215-2017).

La razón de dicha posición, se planteó en sentencia CSJ SL1356-2019, que reiteró la CSJ SL5535-2018, sustentando que: «... bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala, por mayoría, estimó 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, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley».

Derroteros, que la Corte definió en: (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» (CSJ SL9856-2014, CSJ SL10122-2017, CSJ SL1122-2019, CSJ SL3892-2016, CSJ SL2584-2020, SL17300-2014)»

Las anteriores consideraciones son suficientes para desestimar el argumento de la apelación del Banco de Bogotá respecto a la eventual falta de cobertura, siendo del caso únicamente agregar que, a pesar de que para 1967 cuando inició la relación laboral, el señor Suarez Valero no hubiese alcanzado los 21 años, mayoría de edad antes de la expedición de la Ley 27 de 1977, el trabajo de menores de edad se encuentra regulado y permitido en el art. 171 del Código Sustantivo del Trabajo, con las limitaciones en cuanto

a jornadas, horarios y tipo de actividades, razón por la cual, desde el inicio de la relación laboral, aunque fuese menor de edad, el demandante tenía todos los derechos de un trabajador, dentro de los que se encuentra la afiliación a la seguridad social, más aún cuando el art. 1º del Acuerdo 224 de 1966 – vigente para ese momento- expresamente estableció que están sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, muerte y vejez los trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios en virtud de un contrato de trabajo, siempre que no estén expresamente excluidos, últimos que se enlistaron en el art- 3 ibidem, sin que se encuentre entre ellos los menores de edad.

Por otra parte, atendiendo la petición subsidiaria del Banco de Bogotá, esto es la aplicación de la tesis establecida por la Corte Constitucional en la sentencia T- 281 de 2020, en la cual se ordenó pagar a la empleadora únicamente el 50% del cálculo actuarial, debe precisar la Sala que tal solicitud no tiene vocación de prosperidad toda vez que el caso analizado por el Alto Tribunal en sede de tutela no es equiparable al sub examine, en el entendido que en sede constitucional se optó por dicha solución por cuanto la totalidad de las semanas echadas en falta fueron con anterioridad al inicio de las inscripciones al I.S.S. -1º de enero de 1967, de acuerdo a la Resolución No. 831 de 1966- y por ende, para el empleador de aquella tutela, había sido materialmente imposible efectuar la afiliación, supuesto que evidentemente no corresponde al servicio del señor Suarez Verelo, toda vez que él inició sus labores en el Banco de Comercio el 24 de abril de 1967, es decir, con posterioridad a que se empezaran a generar las inscripciones al ISS.

Así, basta con que en la sentencia de primera instancia se haya dispuesto que el cálculo actuarial debe ser realizado teniendo en cuenta la normatividad vigente para el momento de la omisión, es decir el Acuerdo 224 de 1966, para que se respeten los porcentajes de cotización allí establecidos, sin que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que se itera, es acogida por esta Sala, lleve a considerar que el pago de las cotizaciones debe hacerse en un menor valor al que le hubiese correspondido de haber cotizado en tiempo.

En suma, a las 732 semanas reconocidas por Colpensiones, deben ser agregadas 248.78 semanas por falta de afiliación a cargo del Banco de Bogotá y 19.57 por falta de registro de los aportes cancelados por Rincón Costeño, alcanzándose así la suma de 1.000,35, totalidad de semanas ligeramente inferior a la definida en primera instancia, en

razón a que allí se contabilizó el ciclo de julio de 2005, cuando este ya se reportaba en la historia laboral.

Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, pues con los ciclos que se echan de menos en las historias laborales, el afiliado alcanzó un total 1.000,35 semanas cotizadas en toda su vida laboral, lo cual le permitía acceder a la pensión de vejez, al cumplir los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, dado que alcanzó la edad de 60 años el 12 de febrero de 2009 y completó 1.000 semanas, registrando su última cotización el 31 de mayo de 2009, tal como se desprende de las historias laborales que obran en el expediente administrativo aportado por Colpensiones.

Cabe agregar que el actor conservó el régimen de transición alcanzado por tener más de 40 años al 01 de abril de 1994, puesto que antes del 31 de julio de 2010 reunió los requisitos para pensionarse.

Así, si bien al actor le asiste derecho a disfrutar de la pensión a partir del día siguiente de su última cotización, 01 de junio de 2009, como la demanda se interpuso el 17 de enero de 2020, acertó la jueza de primera instancia en encontrar prescritas las medidas causadas con anterioridad al 17 de enero de 2017, toda vez que desde agosto de 2009 solicitó la prestación económica, empero, para ese momento le fue reconocida, mediante Resolución No. 33084 de 2010, la indemnización sustitutiva.

Ahora, con relación a la indemnización sustitutiva, se comparte la decisión de la a quo de ordenar su devolución a Colpensiones debidamente indexada, toda vez que el reconocimiento de la prestación subsidiaria no puede impedir el reconocimiento de la prestación principal que es la pensión de vejez, cuando en este caso, el actor realmente sí cumple con los requisitos para acceder a la misma.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, procedió la Sala a verificar el monto de la pensión encontrada en primera instancia, la cual en dicha sede fue cuantificada en la suma de \$524.834 para el año 2009, valor que deberá ser mantenido en esta oportunidad, como quiera que al realizarse la liquidación de la prestación, teniendo en cuenta los salarios certificados por las entidades públicas y los reportados en la historia pensional en los últimos 10 años efectivamente cotizados, se obtuvo un IBL de \$855.342, mismo que al aplicarse una tasa de remplazo del 75% - por contar el demandante con 1.000 semanas-, arrojó una primera mesada pensional de \$641.507. Así, en virtud del principio de no reformatio in peius en favor de la

administradora pensional, se confirmará la decisión en cuanto al monto de la prestación para el 2009, adicional a lo cual se encuentra ajustado a derecho el reconocimiento de 14 mesadas anuales, como quiera que la prestación se causó antes del 31 de julio de 2010.

Pese a lo anterior, al revisarse el retroactivo pensional liquidado en primera instancia a partir del 17 de enero de 2017, dada la prescripción que operó sobre las mesadas anteriores a dicha calenda, se advierte que el valor de la mesada pensional tomado en primera instancia es inferior al salario mínimo, tal como se observa en la siguiente comparación:

Año	Mesada	Salario Mínimo
2017	\$ 700.229	\$ 737.717
2018	\$ 728.868	\$ 781.242
2019	\$ 752.046	\$ 828.116
2020	\$ 780.624	\$ 877.803
2021	\$ 793.192	\$ 908.526
2022	\$ 837.770	\$ 1.000.000

En ese orden, pese a que en segunda instancia se conoce el proceso en consulta en favor de Colpensiones, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 35 de la Ley 100 de 1993 que dispone categóricamente que *“el monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente”* y, atendiendo que la Corte Constitucional mediante sentencia C-968 de 2003 condicionó la exequibilidad del art. 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en cuanto al principio de consonancia, *'en el entendido que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador'*, la Sala ajustará la mesada pensional del demandante al salario mínimo, por lo que modificará la sentencia de primera instancia, en cuanto al retroactivo pensional y ordenará a Colpensiones que continúe pagando la prestación en cuantía igual al salario mínimo vigente para cada anualidad.

Así, efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, el retroactivo pensional que deberá reconocer Colpensiones al señor Jorge Suarez Valero entre el 17 de enero de 2017 y el 31 de mayo de 2023 asciende a la suma de \$77.350.438, sin perjuicio de las sumas que se causen a futuro y sobre el cual procede los descuentos con destino a salud.

Año	Desde	Hasta	Causadas	Salario Mínimo	Retroactivo
2017	17-ene-17	31-dic-17	13,57	\$ 737.717	\$ 10.010.820
2018	01-ene-18	31-dic-18	14,00	\$ 781.242	\$ 10.937.388
2019	01-ene-19	31-dic-19	14,00	\$ 828.116	\$ 11.593.624
2020	01-ene-20	31-dic-20	14,00	\$ 877.803	\$ 12.289.242
2021	01-ene-21	31-dic-21	14,00	\$ 908.526	\$ 12.719.364
2022	01-ene-22	31-dic-22	14,00	\$ 1.000.000	\$ 14.000.000
2023	01-ene-23	31-may-23	5,00	\$ 1.160.000	\$ 5.800.000
RETROACTIVO HASTA EL 31 DE MAYO DE 2023					77.350.438

En este punto, preciso es aclarar que se encuentra acertada la decisión de supeditar el reconocimiento pensional al pago del cálculo actuarial por parte del empleador omisivo, otorgándosele un mes para expedir el acto administrativo correspondiente y pagar la prestación, una vez se haya efectuado el pago del título por parte del Banco de Bogotá, en la medida que solamente con las semanas correspondientes a la falta de afiliación, se estructura la pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990.

Sin embargo, como en la sentencia de primera instancia no se estableció un término para la elaboración del cálculo actuarial y el pago del mismo, lo que constituye un obstáculo para la efectividad del reconocimiento pensional, se encuentra necesario adicionar la decisión, con el fin de concederle el término de quince días a Colpensiones para elaborar el respectivo cálculo actuarial y comunicarlo al Banco de Bogotá, y una vez recibida dicha comunicación, el Banco de Bogotá tiene el mismo término para pagar el valor de ese cálculo a COLPENSIONES, esto es, quince (15) días contados a partir del día siguiente a la respectiva comunicación.

Siguiendo este mismo derrotero, se confirmará la decisión de ordenar la indexación de las mesadas, ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por el solo paso del tiempo.

Finalmente se condenará en costas procesales de segunda instancia a Colpensiones y al Banco de Bogotá, ante la improsperidad de los recursos de apelación.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Primera de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales sexto y octavo de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JORGE SUAREZ VALERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, los cuales quedarán así:

“SEXTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES para que una vez recibido el pago del título judicial por parte del Banco de Bogotá, proceda al reconocimiento a favor del señor JORGE SUAREZ VALERO, de la pensión de vejez desde el 1 de mayo de 2009, bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año y en cuantía de \$524.834 para el año 2009, la cual a partir del 2017 deberá ser ajustada al salario mínimo legal mensual vigente e incrementada anualmente conforme lo determine el Gobierno Nacional, con derecho a 14 mesadas pensionales al año.

OCTAVO: ORDENAR, que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, proceda a efectuar el reconocimiento y pago a favor del señor JORGE SUAREZ VALERO del retroactivo pensional, correspondiente a las mesadas pensionales causadas a partir del 17 de enero de 2017 y hasta que se haga la inclusión en nómina, lo que al 31 de mayo de 2023 asciende la suma de \$77,350.438 el cual, deberá cancelarse debidamente indexado, valor del cual, deberá descontarse la suma reconocida en favor del demandante por indemnización sustitutiva, también debidamente indexada.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para concederle el término de quince días a Colpensiones para elaborar el respectivo cálculo actuarial y comunicarlo al Banco de Bogotá, y una vez recibida dicha comunicación, el Banco de Bogotá tiene el mismo término para pagar el valor de ese cálculo a COLPENSIONES, esto es, quince (15) días contados a partir del día siguiente a la respectiva comunicación.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de la referencia.

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la entidad demandada y a la vinculada en favor de la parte actora. Liquidense por el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento
ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento
OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA
SALVA VOTO

Con firma electrónica al final del documento
GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO
Con aclaración de voto

Firmado Por:

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Salvamento Parcial De Voto

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Aclaración De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f9c7af63be4b3234d57a532c462314c53ce85330b03670c5b3fa17c77ca4cdde**

Documento generado en 23/06/2023 08:35:42 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>