

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

***REFERENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA PROFERIDA EN PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MYRIAM SANCHEZ GARCIA CONTRA BBVA y
OTROS***

Radicación: 76-001-31-05-002-2014-00493-01

A los veinte (20) días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés (2023), se congrega la Sala Cuarta de Decisión Laboral, con el fin de dictar sentencia escrita; en atención a Descongestión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali; en la que se resuelve el recurso de apelación que obra frente a la sentencia condenatoria No. 047 del 28 de febrero de 2020, conforme a lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022.

SENTENCIA No. 043

APROBADA EN SALA VIRTUAL No. 118

I. ANTECEDENTES

Demanda y respuesta

La señora MYRIAM SÁNCHEZ GARCÍA, a través de apoderada judicial, demandó en proceso ordinario laboral de primera instancia a las empresas BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. –

BBVA COLOMBIA-, CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO; a fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

EN FORMA PRINCIPAL.-

PRIMERA.- Que entre el Banco Ganadero hoy, BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.-BBVA COLOMBIA, y MYRIAM SÁNCHEZ GARCÍA, existió un Contrato de Trabajo que tuvo como vigencia del 4 de noviembre de 1975 hasta el 16 de junio de 1982.

SEGUNDA.- Que entre LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO, y MYRIAM SÁNCHEZ GARCÍA, existió un Contrato de trabajo que tuvo como vigencia del 3 de junio de 1985 al 30 de septiembre de 1987.

TERCERA.- Que por disposición de la Ley durante el tiempo de vigencia del Contrato de Trabajo, el riesgo por invalidez, vejez y muerte, estuvo a cargo del empleador.

CUARTA.- Que los empleadores antes citados, no realizaron los aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, para cubrir el riesgo de invalidez, vejez y muerte, por lo que el riesgo debe ser asumido por los empleadores.

QUINTA.- En consecuencia con lo anterior, se disponga que el BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.-BBVA COLOMBIA, antiguo BANCO GANADERO, debe realizar el pago de los aportes para pensión correspondiente al periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1975 hasta el 16 de junio de 1982 a COLPENSIONES (antiguo Instituto de Seguros Sociales), teniendo en cuenta que para el momento de la cotización al sistema de pensiones, esta era la entidad existente.

SEXTA.- En consecuencia de lo anterior, se disponga que LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO, debe realizar el pago de los aportes para pensión correspondientes al periodo comprendido entre el 3 de junio de 1985 y el 30 de septiembre de 1987, a COLPENSIONES (antiguo Instituto de Seguros Sociales), teniendo en cuenta que para el momento de la cotización al sistema de pensiones, esta era la entidad existente.

SEPTIMA.- Como consecuencia de las declaraciones anteriores, corresponde el pago de los intereses moratorios causados por la mora en el pago y de la indexación causada por la pérdida del poder adquisitivo del dinero en el transcurrir del tiempo.

OCTAVA.- Que el BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.-BBVA COLOMBIA, antiguo BANCO GANADERO debe transferir a COLPENSIONES el valor actualizado –cálculo actuarial-, de acuerdo con el salario que devengaba la demandante para el periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1975 y 16 de junio de 1982 de los aportes para pensión dejados de cancelar, para que así, le sean contabilizados dentro de su tiempo de cotización para efectos pensionales.

NOVENA.- Que LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE PUTUMAYO, debe transferir a COLPENSIONES el valor actualizado –cálculo actuarial-, de acuerdo con el salario que devengaba la demandante para el periodo comprendido entre el 3 de junio de 1985 y el 30 de septiembre de 1987, de los aportes para pensión dejados de cancelar, para que así, le sean contabilizados dentro de su tiempo de cotización para efectos pensionales.

DECIMA.- Por haberse requerido iniciar un proceso para el reconocimiento del derecho, serán de cargo de las demandadas el pago de las agencias en derecho y costas del proceso.

EN FORMA SUBSIDIARIA.-

PRIMERA.- Que entre el Banco Ganadero hoy, BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.-BBVA COLOMBIA, y MYRIAM SÁNCHEZ GARCÍA GARCIA, existió un Contrato de Trabajo que tuvo como vigencia del 4 de noviembre de 1975 hasta el 16 de junio de 1982.

SEGUNDA.- Que entre LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO, y MYRIAM SÁNCHEZ GARCÍA, existió un Contrato de trabajo que tuvo como vigencia del 3 de junio de 1985 al 30 de septiembre de 1987.

TERCERA.- Que por disposición de la Ley durante el tiempo de vigencia del Contrato de Trabajo, el riesgo por invalidez, vejez y muerte, estuvo a cargo del empleador.

CUARTA.- Que los empleadores antes citados, no realizaron los aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, para cubrir el riesgo de invalidez, vejez y muerte, por lo que el riesgo debe ser asumido por los empleadores.

QUINTA.- Que la demandante se trasladó, conforme afiliación de fecha 01 de noviembre de 1999 a la Administradora del Fondo de Pensiones Horizonte, surtiendo efecto tal afiliación a partir del 01 de enero de 2000, y que esta entidad se fusionó con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., siendo este último la entidad actual, y la última a la que cotizo como afiliada la Señora Myriam Sánchez García.

SEXTA.- Que en consecuencia con lo anterior, se disponga que El BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.-BBVA COLOMBIA, antiguo BANCO GANADERO, debe realizar el pago de los aportes para pensión correspondientes al periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1975 hasta el 16 de junio de 1982 a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., como última entidad donde la demandante estuvo afiliada como cotizante en pensión.

SEPTIMA.- Que en consecuencia con lo anterior, se disponga que LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO, debe realizar el pago de los aportes para pensión correspondiente al periodo comprendido entre el 3 de junio de 1985 al 30 de septiembre de 1987 a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., como última entidad donde la demandante estuvo afiliada como cotizante en pensión.

OCTAVA.- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, corresponde el pago de los intereses moratorios causados por la mora en el pago y de la indexación causada por la pérdida del poder adquisitivo del dinero en el transcurrir del tiempo.

NOVENA.- Que el BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.-BBVA COLOMBIA, antiguo BANCO GANADERO debe transferir a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el valor actualizado –cálculo actuarial-, de acuerdo con el salario que devengaba la demandante para el periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1975 y el 16 de junio de 1982 de los aportes para pensión dejados de cancelar, para que así, le sean contabilizados dentro de su tiempo de cotización para efectos pensionales.

DECIMA.- Que la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE PUTUMAYO, debe transferir a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el valor actualizado –cálculo actuarial-, de acuerdo con el salario que devengaba la demandante para el periodo comprendido entre el 3 de junio de 1985 y el 30 de septiembre de 1987, de los aportes para pensión dejados de cancelar, para que así, le sean contabilizados dentro de su tiempo de cotización para efectos pensionales.

DECIMA PRIMERA.- Que por haberse requerido iniciar un proceso para el reconocimiento del derecho, serán de cargo de las demandadas el pago de las agencias en derecho y costas del proceso.

Como fundamento de lo pretendido, expuso la parte actora:

PRIMERO.- La señora Myriam Sánchez García, laboró mediante Contrato de Trabajo, para el BANCO GANADERO, hoy BBVA COLOMBIA, BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.,

en el periodo comprendido entre el día 4 de noviembre de 1975 hasta el 16 de junio de 1982, en la ciudad de Puerto Asís (Putumayo).

SEGUNDO.- El BANCO GANADERO, hoy BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.-BBVA COLOMBIA, en calidad de empleador que fue de la señora Myriam Sánchez García no realizó aportes al sistema de pensiones para el riesgo de invalidez, vejez y muerte durante el periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1975 y el 16 de junio de 1982.

TERCERO.- El número de semanas a que corresponde al periodo laborado para el BANCO GANADERO, hoy BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.-BBVA COLOMBIA, es de 346 semanas.

CUARTO.- Para efecto de solicitar el reconocimiento de los derechos, la demandante, ha realizado diversas solicitudes al Banco Ganadero, hoy BBVA COLOMBIA, BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A., entre ellas, la Acción de Tutela sin haber obtenido respuesta favorable a su solicitud.

QUINTO.- El Banco Ganadero, hoy BBVA COLOMBIA, BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A., como su empleador que fue, se ha negado al reconocimiento de la obligatoriedad de realizar los aportes para la pensión de vejez, indicando, que por la demandante haber prestado sus servicios en la ciudad de Puerto Asís, no estaban obligados a realizar los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por no tener el ISS cobertura en ese municipio.

SEXTO.- El empleador Banco Ganadero, hoy BBVA COLOMBIA, BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A., tenía operaciones comerciales y bancarias en todo el territorio a nivel nacional.

SEPTIMO.- La obligación del empleador Banco Ganadero, hoy BBVA COLOMBIA, BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A., era de afiliar a la señora Myriam Sánchez García a la seguridad social en el sistema de pensiones al Instituto de Seguro Social, el día de su ingreso como trabajadora, es decir el 4 de noviembre de 1975.

OCTAVO.- La señora Myriam Sánchez García laboro para LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO, del 3 de junio de 1985 al 30 de septiembre de 1987.

NOVENO.- LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO, en calidad de empleador que fue de la señora Myriam Sánchez García no realizó aportes al sistema de pensiones para el riesgo de invalidez, vejez y muerte durante el periodo comprendido entre el 3 de junio de 1985 al 30 de septiembre de 1987.

DECIMO.- El número de semanas a que corresponde al periodo laborado para la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO, es de 69 semanas.

DECIMO PRIMERO.- Para efecto de solicitar el reconocimiento de los derechos, la demandante, ha realizado diversas solicitudes a la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO, entre ellas, la Acción de Tutela sin haber obtenido respuesta favorable a su solicitud.

DECIMO SEGUNDO.- La CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO, como su empleador que fue, en fecha 03 de febrero de 2011, mediante oficio CGH-040-2011 informa a la Administradora del Fondo de Pensiones Horizonte, hoy la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que se encuentra en el proceso de cuantificar el Bono Pensional y que una vez se conozca el valor a nombre de la señora Myriam Sánchez García

procederá a informar y a cancelar el valor de dicho bono. Sin embargo a la fecha no ha dado respuesta alguna.

DECIMO TERCERO.- La obligación del empleador CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO, era de afiliar a la señora Myriam Sánchez García a la seguridad social en el sistema de pensiones al Instituto de Seguro Social, el día de su ingreso como trabajadora, es decir el 3 de junio de 1985.

DECIMO CUARTO.- En fecha 01 de noviembre de 1999, la señora Myriam Sánchez García, se afilio a la Administradora del Fondo de Pensiones Horizonte, hoy la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., surtiendo efecto tal afiliación a partir del 01 de enero de 2000, y cotizo aproximadamente durante 19,38 años al sistema general de pensiones.

DECIMO QUINTO.- La demandante, nació el 22 de septiembre de 1950.

DECIMO SEXTO.- Al momento de cumplir la edad de 55 años, no cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

DECIMO SEPTIMO.- En consecuencia la Administradora del Fondo de Pensiones Horizonte, hoy la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., efectuó devolución de saldos a la señora Myriam Sánchez García, por valor de sus aportes, en cuantía de \$17.909.860.

DECIMO OCTAVO.- El no cumplimiento de los requisitos tiene causa en no haberse realizado los aportes para el sistema de pensión en el riesgo invalidez, vejez y muerte por parte de sus empleadores, BANCO GANADERO, hoy BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.-BBVA COLOMBIA, durante el periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1975 y el 16 de junio de 1982; y de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO, durante el periodo comprendido entre el 3 de junio de 1985 al 30 de septiembre de 1987.

DECIMO NOVENO.- Las normas no excluyeron ninguna circunstancia como justificante para omitir el pago de los aportes correspondiente a la demandante para el periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1975 y el 16 de junio de 1982; y para el periodo comprendido entre el 3 de junio de 1985 al 30 de septiembre de 1987.

VIGESIMO.- La actuación de quienes fueron sus empleadores ha causado perjuicios muy graves a los derechos de la demandante, impidiendo con su actuación que gozara del derecho a la Pensión de Vejez.

VIGESIMO PRIMERO.- De tener los aportes realizados, la demandante puede solicitar la pensión de vejez, pues hoy no la tiene por culpa de quienes fueron sus empleadores.

VIGESIMO SEGUNDO.- En el evento de no cumplir los requisitos de pensión de vejez, el sistema ofrece otras opciones como indemnización sustitutiva o devolución de saldos.

VIGESIMO TERCERO.- La señora Myriam Sánchez García, nació el día 22 de septiembre de 1950, contando a la fecha con más de sesenta y tres años de edad, implicando que han transcurrido más de ocho años, de condición precaria de su subsistencia, por una omisión injusta de quienes fueron sus empleadores.

VIGESIMO CUARTO.- La Administradora del Fondo de Pensiones Horizonte, realizó un proceso de fusión con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien actúa hoy por las dos entidades.

VIGESIMO QUINTO.- El Sistema General de Pensiones, tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinen en ella.

VIGESIMO SEXTO.- Acorde a la Constitución Política, desde la entrada en vigencia del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los provisionamientos de capital necesarios para la realización del *aporte previo* al sistema de seguro social.

Admitida y notificada la demanda, la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO, dio respuesta con oposición a lo pretendido por la actora, presentando como excepción la que denominó «improcedencia del pago».

Por su parte, el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A., dio respuesta al escrito primigenio, señalando frente a lo pretendido por el demandante que carece de fundamento, por lo que propuso como excepciones las siguientes:

1. **PRESCRIPCIÓN.** Sin implicar confesión o aceptación de los hechos de la demanda, me permito proponer la excepción de prescripción de la totalidad de las obligaciones de tracto sucesivo, que tuvieron más de tres (3) años desde la fecha de su causación, hasta la fecha de notificación de la presente demanda.
2. **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, COBRO DE LO NO DEBIDO, AUSENCIA DE DERECHO SUSTANTIVO, CARENCIA DE ACCIÓN Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.** Aplicable a la totalidad de las pretensiones de la demanda, con base en lo expuesto en el acápite de **HECHOS, RAZONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEFENSA**, y que se sustenta en el hecho de que el I.S.S. NO tuvo cobertura para los riesgos de vejez, invalidez y muerte durante la década de los 70 y de los 80, en la Intendencia (hoy departamento) de Putumayo, y en consecuencia, en la ciudad de Puerto Asís, por lo que era jurídica y fácticamente imposible realizar la afiliación de la actora y efectuar el pago de los aportes correspondientes para la cobertura de los referidos riesgos.
3. **INEXISTENCIA DE LA ASUNCIÓN DEL RIESGO POR PARTE DEL ICSS (I.S.S., HOY COLPENSIONES).** Aplicable a la totalidad de las pretensiones de la demanda, con base en lo expuesto en el acápite de **HECHOS, RAZONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEFENSA**, y que se sustenta en el hecho de que el ICSS NO llegó a la Intendencia del Putumayo, ni a la ciudad de Puerto Asís, pues no creó la Caja Seccional de dicha intendencia y por lo mismo, era jurídica y fácticamente imposible afiliarse a un empleado(a) a dicho organismo, para la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte.
4. **BUENA FE EN LA ENTIDAD DEMANDADA:** Fundamentándose en el hecho de que mi representada ha cumplido con la totalidad de sus obligaciones

laborales para con la demandante y actuó de buena fe, tal y como lo imponen la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia.

5. **COSA JUZGADA:** Por cuanto se han proferido tres sentencias tutela por parte del Juzgado 8 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y 18 Penal del Circuito de Cali, y Juzgado 25 Civil Municipal de Oralidad de Cali, donde se han negado las pretensiones de la accionante, lo que se traduce en que las pretensiones que se han vuelto a incoar en contra de mi representada, a través de la presente demanda laboral ordinaria, se encuentran cobijadas por la excepción de cosa juzgada.
6. **INNOMINADA O GENERICA.** Excepción que se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 306 del C. P. C., aplicable por analogía al procedimiento laboral, que indica: *"Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda..."*

De la misma manera, el artículo 282 del Código General del Proceso, señala: *"En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda..."*

Mediante providencia No. 0660 del 28 de septiembre de 2016, se tuvo por contestada la demanda por la parte plural y se señaló fecha de audiencia del artículo 77 del CP del T y de la SS.

Sentencia de primera instancia

Llegados el día y hora propuestos por el Juzgado, se realizaron las pruebas documentales, el interrogatorio a la demandante, documentos y testimonios.

En la misma audiencia, el Juzgado dictó la sentencia No. 047 de fecha 28 de febrero de 2020 en la que resolvió (28:13-29:54):

*«**PRIMERO:** Se **CONDENA** al Banco Ganadero al antiguo Banco Ganadero hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. BBVA S.A. y a la Caja de Compensación Familiar del Putumayo a pagar en su momento instituto de seguridad Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones, el cálculo actuarial que esa entidad pública liquide por el periodo laboral, por el periodo en el que la demandante Miriam Sánchez laboró para el Banco Ganadero, hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia BBVA, desde el 4 de noviembre de 1975 al 16 de junio de 1982 y con la caja de compensación familiar del Putumayo entre el 3 de junio de 1985 y el 30 de septiembre de 1987, para cuyo efecto las entidades empleadoras en ese momento deberán aportar a Colpensiones los certificados de salarios devengados mensualmente por la demandante durante dicho período para efectos de la elaboración del cálculo actuarial respectivo.*

***SEGUNDO,** Se **CONDENA** en costas a las entidades vinculadas a este trámite.».*

Recurso de Apelación

Seguidamente el apoderado de la parte demandada integrada por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. BBVA COLOMBIA, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia dictada, el cual fue concedido en el efecto suspensivo, y que es del siguiente tenor (30:02-35:42):

«Basa la sentencia motivo de alzada y la soporta la misma sobre una serie de jurisprudencia en la cual se indicó en la misma sobre las obligaciones que se debía tener para las fechas en que iban

incurriendo las afiliaciones a partir del año de 1967 en adelante y debiendo hacer los aportes al sistema general de pensiones administrado por el otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones. De igual manera se basa la misma sentencia y resalto en esta oportunidad es sobre el artículo 33 de la ley 100 de 1993 en la cual se indicó que por omisión y cuando no se hayan realizado las afiliaciones del trabajador, pues el empleador está en obligación de cubrir dichas cotizaciones, para lo cual se impuso la condena a mi representada. Fundamento el recurso esencialmente bajo los siguientes aspectos. **Dentro del presente proceso, en el sumario no quedó probado que el aquí demandante hubiera realizado una afiliación al sistema de seguridad social en pensiones posteriores a la terminación al menos de contrato de trabajo como mi representada**, pero pues leyendo los hechos de la demanda tampoco se logra evidenciar una afiliación al sistema de seguridad social en pensiones al menos sobre lo que era el Instituto de Seguros Sociales. De igual manera, se logra verificar y de acuerdo a los hechos de la demanda que el aquí demandante se afilió fue al sistema de seguridad social en pensiones fue con la entidad Porvenir S.A. La cual se indica que fue a partir del 1° de noviembre de 1999, surtiendo una efectividad a partir del 1° de enero del año 2000 y de acuerdo a los alegatos de conclusión se indica por la parte demandante de que la aquí señora Miriam reclamó la pensión de vejez a la cual no tuvo acceso por incumplimiento de los requisitos otorgándose una devolución de saldos. Debe entrarse a verificar su señoría que la base de la sentencia que son las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, se refieren son a personas que hayan tenido una expectativa legítima en relación a la pensión de vejez cuando está siendo reclamada en el régimen de prima media, razón por la cual no se puede dar aplicación del artículo 33 de la ley 100 de 1993 por cuanto la misma reposa para el régimen de prima media; no obstante lo anterior y en virtud de la aplicación del artículo 64 de la misma ley 100 de 1993 pues la misma se tiene que entrar a verificar es conforme al cálculo del capital más no al número de semanas de cotización, que son cosas muy diferentes del régimen de prima media al régimen de ahorro individual. En virtud de ello, su señoría entonces, se está imponiendo una **condena primero sobre una obligación que no estaba en cabeza de mi representada** conforme a las consideraciones tanto de la contestación de la demanda como de los argumentos de los alegatos de conclusión al enunciarse sobre que, sobre la creación del seguro social obligatorios pues se fue dando de manera paulatina el cubrimiento en cada región de nuestro país y que para lo cual se indicó en este proceso que la afiliación se vino a ser obligatoria fue a partir del 1° de abril de 1994 razón por la cual entonces entre el año 75 y el año de 1982 dicha obligación no existía entonces se le está imponiendo primero una situación de una

*imposición en la aplicación de las sentencias que soporta la sentencia sobre al caso particular que no opera del mismo sentido y sobre una obligación de su señoría de la cual no corresponde que sea soportada en la ley para imponer a mi representada el pago de este cálculo actuarial al cual se ha traído a colación. Ahora bien, debe entenderse su señoría que no es obligación de mi representada haber hecho el cálculo actuarial en su momento sin que la misma demandante hubiese notificado a mi representada, haberle indicado que estaba afiliada a Colpensiones por cuanto dentro del presente proceso aquí nunca ha surgido una afiliación a Colpensiones o no se logra al menos corroborar esa situación o ese hecho dentro del presente proceso razón por la cual entonces y bajo estos argumentos se solicita que de manera principal se revoque la sentencia del cálculo actuarial no obstante ello entonces señoría se solicita como carácter subsidiario de persistir la misma que únicamente se obliga a representar al pago de los aportes de seguridad social que en su momento tuvo, **sin las consecuencias de los pagos de los intereses moratorios que para estos casos imponen al momento la liquidación de estos cálculos actuariales por parte de las administradoras de fondo de pensión, en este caso Colpensiones.** De la misma manera entonces se sustenta el recurso de apelación para la revocatoria de las costas, su señoría. Muchas gracias.»*

Alegaciones de segunda instancia

Ejecutoriado el auto que avocó el conocimiento del asunto, se corrió traslado a las partes en los términos reglados por el artículo 13 de la Ley 2213 del 2022.

Fue así como la apoderada de la parte demandada, allegó alegatos en los siguientes términos:

Para lo cual manifiesto, que la decisión tomada por el Juez de conocimiento atiende las solicitudes de la Demanda, en cuanto reconoce los derechos solicitados, pues en el transcurrir del proceso se acreditó mediante los documentos idóneos los hechos que dan origen a los derechos reclamados.

Ha sido el devenir de los acontecimientos relacionados con los derechos de los trabajadores, y la falta de gestión adecuada del sistema y de las empresas, las causantes de las controversias que se han suscitado. Pues se interpretó a su amañó la ausencia de reconocimiento de los derechos por el tiempo de servicio, y por el pago de aportes o no, el que hacer, más bien negando que reconociendo el derecho que ya existe.

Por ello se ha requerido del análisis pormenorizado de las normas, que a retazos han venido aclarando como se debe actuar por el sistema y los empleadores. Todo ello, frente a la plena garantía que la ley ha definido y que la jurisprudencia ha dado la claridad en el actuar.

Todo para que quien ha laborado como trabajador y llegue a la edad en que no puede atender con una actividad laborar sus gastos alimentarios, pueda suplir sus necesidades con la pensión que debe recibir cuando ha cumplido los requisitos de tiempo de servicio y edad.

Para el efecto se traen diversos pronunciamientos al respecto, que respaldan las decisiones tomadas por el Juez del conocimiento:

La nueva legislación sobre seguridad social y especialmente sobre pensiones, no trae ninguna excepción en cuanto al haber laborado en el sector público privado, lo cual les da un respaldo a los trabajadores para efectos de sumar la cantidad de semanas cotizadas y si el Seguro Social, no estaba asumiendo ese riesgo, la norma establecía que el mismo debía estar a cargo del empleador, es por ello se demanda solidariamente al Banco Ganadero, hoy, BBVA, por ser el patrono al cual prestó sus servicios mi patrocinada. Por lo

tanto a la demandante Castro Farrera se le debe dar igual trato y no puede decirse que por haber laborado con anterioridad a una fecha no le tienen en cuenta el tiempo allí laborado. En sentencia T-079 / 95, La Corte Constitucional dijo-, '...en el artículo 13 de la C. P. que establece la igualdad y prohíbe la discriminación, sabio principio que es particularmente importante en el derecho laboral, por eso en cualquier contrato de trabajo, sea escrito o verbal va implícito el derecho fundamental que tienen todos los trabajadores de recibir un trato jurídico igual para condiciones semejantes...'

"Tal como lo contemplan en las sentencias, tanto de primera como de segunda instancias, la demandante Laura Victoria Castro Farrera, cumplió con la edad y computado todo el tiempo de servicio que ella laboró tiene un total de 796,99 semanas. Por lo tanto debió dársele aplicación al acuerdo 224 de 1966, aprobado por el decreto 3041 de 1966, y normas complementarias".

El Código Sustantivo del Trabajo de 1961, (Decretos 2663 y 3743 de 1950, adoptados por la Ley 141 de 1961) en su artículo 259 consagró de manera temporal, el pago de la pensión de jubilación en cabeza del empleador, hasta que el riesgo fuera asumido por el Instituto del Seguro Social. "Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando el 9

Se destaca una tercera etapa en la evolución del sistema pensional, correspondiente a los años de 1977 a 1980, caracterizada por reformas que dieron unidad legal al I.S.S. reorganizando su estructura en tres niveles de atención. Desapareció como Instituto Colombiano de Seguros Sociales en 1977 y se creó como establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, bajo el nombre de Instituto de Seguros Sociales. Luego desde la década de los 80 hasta 1992 el sistema pensional colombiano se consideró en crisis, caracterizada por baja cobertura, fragmentación del sistema en multiplicidad de regímenes, inflexibilidad para acumular cotizaciones entre el sector público y privado, desbalance entre aportes y beneficios pensionales, y altos costos administrativos.

Sistema Pensional establecido desde la ley 90 de 1946 que creó al I.S.S. como entidad de seguridad social, o al Sistema General de Pensiones que consagra la ley 100 de 1993.

La ley 90 de 1946, dispuso que las prestaciones a cargo del empleador seguirían de tal manera, hasta la fecha en que el seguro social las fuera asumiendo por haberse cumplido el aporte pensiones estarían a cargo del empleador hasta que el Instituto conviniera subrogarlas en el pago de estas pensiones eventuales.

Por su parte, el artículo 33 de la ley 100 de 1993, parágrafo 1, literal c, dispuso que, para computar las semanas de cotización a efectos de obtener la pensión de vejez, se tendrían en cuenta los tiempos trabajados para los empleadores que tenían a su cargo la pensión de jubilación antes de la entrada en vigencia de esta ley; siempre y cuando la relación laboral se encontrará vigente o se haya iniciado a esta fecha, es decir al 23 de diciembre de 1993. No obstante lo anterior, esta norma tampoco regula la situación específica de quienes en el pasado fueron afiliados al I.S.S. sin la realización de un aporte previo por parte del empleador, pues a pesar que menciona la procedencia del cómputo de este tiempo en virtud del pago de un cálculo actuarial representado por un bono o título pensional, lo hace para quienes a la fecha de entrada en vigencia de esta ley tenían a cargo las pensiones, y deja por fuera a quienes anteriormente ya habían sido subrogados por el I.S.S.

Ahora bien, si de estas normas se desprende un derecho en favor de los trabajadores de exigir estos aportes, y una obligación para los empleadores de reconocerlos, ¿Debieron los empleadores aportar al I.S.S. ó aprovisionar para aportar posteriormente, el dinero equivalente a estas cotizaciones? En caso de ser así, ¿Esta obligación surge con la ley 100 de 1993 o con ley 90 de 17 1946? ¿Aplicaría únicamente para las relaciones vigentes o iniciadas con posterioridad a ley 100 de 1993? ó ¿También para las relaciones laborales existentes con anterioridad a esta ley?

En suma la sentencia C-506 de 2001, plantea lo siguiente:

1. Antes de la Ley 100 de 1993 los trabajadores que se encontraban vinculados con empleadores del sector privado que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, gozaban de una simple expectativa de su derecho de acceder a la referida prestación económica, que solo se concretaba con el cumplimiento total de los respectivos requisitos. Si no se satisfacían de manera completa tales requerimientos "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".

2. A partir de la Ley 100 de 1993, se creó el derecho del trabajador de acumular "los tiempos servidos en el sector privado que llevaran al reconocimiento de la pensión, si no se cumplían integralmente los requisitos exigidos para acceder a la pensión dentro de la empresa privada respectiva" y la obligación de los empleadores de "aprovisionar 24 Corte Constitucional Sentencia C-177 de 1998. 25 Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 2001 20 los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la ley, o que se inició con posterioridad a la misma".

3. Dar un efecto retroactivo a dicha obligación, frente a relaciones laborales ya extintas, desconocería la seguridad jurídica propia del Estado social de derecho, lo cual resultaría contrario a la carta política.

4. Antes de la Ley 100 de 1993 existía una desarticulación entre los distintos regímenes pensionales que no sólo hacían más difícil el manejo de esta prestación sino que las traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores.

De este fallo se deduce la existencia de un vacío normativo con anterioridad a la ley 100 de 1993, respecto de los trabajadores que no cumplieron con el tiempo requerido para obtener la pensión de jubilación consagrada a cargo del empleador.

El artículo 33 de la ley 100 de 1993, no se traduce en una solución para los trabajadores que en el momento en que prestaban sus servicios fueron objeto de la subrogación por parte del I.S.S. de las obligaciones patronales; pues haciendo una lectura textual de la norma, esta hace referencia a los empleadores que al 23 de diciembre de 1993 tenían a su cargo las pensiones, dejando abierta la opción de que estos realicen o no los aportes, a favor de los trabajadores que se afilien. Lo anterior deja dudas respecto de los que ya fueron afiliados sin condicionamiento alguno por parte de la ley por los empleadores que antes de la ley 100 de 1993 fueron subrogados por el I.S.S. 21

Otra interpretación distinta surge con la sentencia T-784 de 2010, según la cual la obligación de los empleadores de aprovisionar el valor correspondiente a cada caso para ser entregado al I.S.S. nace con la Ley 90 de 1946. En este caso, la sala octava de revisión de la Corte Constitucional condena a la accionada, la Texas Petroleum Company, hoy Chevron Petroleum Company, por vulnerar el derecho a la seguridad social del accionante al no realizar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones del período comprendido entre el 16 de julio de 1984 hasta el 15 de junio de 1992, fecha para la cual la industria del petróleo aún no había sido llamada a inscripción al I.S.S.

En la T-784 de 2010 se considera que la Ley 90 de 1946, además de haber creado al ISS, creó la obligación para las empresas de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar el aporte previo al sistema de seguro social en el momento en que el I.S.S. asumiera la obligación. Adicionalmente, que esta obligación fue independiente a la de inscripción de los trabajadores al Instituto, lo cual se materializó de manera progresiva.

Para la Corte en este pronunciamiento, a partir de la Ley 90 de 1946 se creó una obligación trascendental en la relación de las empresas con sus trabajadores, la cual es “la necesidad de realizar la provisión correspondiente en cada caso para que ésta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando se asumiera por parte de éste el pago de la pensión de jubilación”.

La Sala Octava de la Corte, considera que hacer una interpretación distinta a lo anterior pugna con el ordenamiento constitucional, pues el tiempo que se debería cotizar al Sistema de Seguridad en Pensiones por parte de estos trabajadores sería mayor al que una persona en similares condiciones tendría que realizar, lo cual constituye una clara vulneración del artículo 13 de la Constitución Política.

Al respecto, esta Corporación con ocasión de la sentencia C-177/98 señaló lo siguiente:

“(…)es necesario tener en cuenta que antes de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, Colombia no contaba realmente con un sistema integral de pensiones, sino que coexistían múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social. Así, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública.

Por su parte, inicialmente, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial al artículo 260 del Código del Trabajo y a las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, era una prestación especial únicamente para ciertos patronos, a saber para las empresas con capital mayor a ochocientos mil pesos. Igualmente, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC. Finalmente, sólo a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de pensiones de trabajadores privados.

Esas distintas entidades de seguridad social no sólo coexistían sino que prácticamente no había relaciones entre ellas. Así, en el sector privado, el ISS no tenía responsabilidades directas en relación con los trabajadores de aquellas empresas que reconocían directamente pensiones, ni con los empleados afiliados a las cajas previsionales privadas. Es cierto que existían algunos mecanismos para establecer algunos mínimos vínculos entre las entidades, como el sistema de conmutación pensional, regulado por los decretos 2677 de 1971 y 1572 de 1973, y que permitía que ISS sustituyera a una empresa en el pago de las pensiones cuando se daban unas excepcionales condiciones y previo un trámite legal. Sin embargo, en términos generales, había una suerte de paralelismo entre los distintos regímenes de seguridad social que, como esta Corte lo ha reconocido, era una de las principales causas “de la ineficiencia en el sector y de la vulneración de los derechos de los trabajadores”⁽¹⁹⁾. En tal contexto, una de las finalidades esenciales de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social (CP art. 48), fue superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no sólo hacía más difícil el manejo general de esta prestación sino que se traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores. Así, durante mucho tiempo fue imposible acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, con lo cual las posibilidades de muchos empleados de acceder a la pensión eran mínimas. Por ello, en la exposición de motivos de la ley 100 de 1993, se señaló al respecto:

“Otro aspecto no menos grave que los anteriores y que ha incidido en el estado de crisis que aqueja a la seguridad social se refiere a la eficacia de la misma. Esta puede analizarse a partir de dos puntos de vista que, aunque independientes, han contribuido al descrédito de las instituciones que prestan los servicios de la seguridad social.

“El primero se refiere a la multiplicidad de regímenes, la mayoría de ellos incompatibles entre sí. En efecto, existen más de 1.000 instituciones con funciones de seguridad social, la mayoría, si no todas, con regímenes propios que implican para los beneficiarios graves problemas en la consolidación de sus derechos frente a una expectativa de movilidad laboral. Sólo hasta 1988 con la ley 71 se logró crear un sistema que integrase los diversos regímenes, pero sin embargo este beneficio sólo sería aplicable a partir de 1998. Con la reforma propuesta, se unifican todos esos regímenes a partir de su vigencia y se crean los mecanismos para que esto sea una realidad”⁽²⁰⁾.

La Ley 100 de 1993 creó entonces un sistema integral y general de pensiones, que no sólo permite, como ya se destacó, la acumulación de tiempos y semanas trabajadas, sino que genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones, todo con el fin no sólo de aumentar la eficiencia del manejo de seguridad social sino también de ampliar su cobertura hasta llegar a una verdadera universalidad. Por ello, de conformidad con el artículo 10 de esa ley, ese régimen se aplica a todos los habitantes, con las solas excepciones previstas por esa misma ley. Además se prevé que, a partir de la vigencia ley, y según lo establece el artículo 13, para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos. Y finalmente, como se vio, para corregir injusticias del pasado, se amplían las posibilidades de acumular semanas y períodos laborados antes de la vigencia de la ley”.

El derecho a acumular tiempos servidos en el sector privado, para efecto de la pensión de vejez, no existía previamente y como tal solo surge con la ley 100 de 1993. Con anterioridad a dicha ley los trabajadores privados no podían exigir el pago de una pensión por los tiempos servidos a entidades privadas que tuviesen a cargo el reconocimiento y pago de pensiones, si no cumplían integralmente los requisitos exigidos para acceder a la pensión dentro de la empresa respectiva. Como corolario de lo anterior, 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.

Así como lo recuerda el señor Procurador en su intervención “Los trabajadores privados no afiliados al ISS solo adquirirían el derecho a la pensión cuando cumplían la totalidad de los requisitos establecidos en las normas legales o convenciones aplicables a dichas entidades, o cuando se encontraban en los supuestos de la pensión sanción”.

La situación de los servidores públicos hasta la vigencia de la ley 71 de 1988 era similar al no poder acumular antes de esa fecha tiempos servidos al Estado con los cotizados al Instituto de los Seguros Sociales, como lo recordó esta Corporación en la Sentencia C-012 de 1994.

"Es evidente, que a través del inciso 1° del artículo 7° de la ley 71 de 1988 se consagró para "los empleados oficiales y trabajadores" el derecho a la pensión de jubilación con 60 años o más de edad, si es varón, y 55 años o más de edad, si es mujer, cuando se acrediten aportes durante 20 años, a diferentes entidades de previsión social y al ISS. Pero con anterioridad, los regímenes jurídicos sobre pensiones no permitían obtener el derecho a la pensión de jubilación en las condiciones descritas en la norma; es decir, no era posible acumular el tiempo servido en entidades oficiales, afiliadas a instituciones de previsión social oficiales y a las cuales se habían hecho aportes, con el tiempo servido a patronos particulares, afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, y al cual, igualmente se había aportado, aun cuando si era procedente obtener el derecho a la pensión acumulando el tiempo servido a diferentes entidades oficiales, cuando se hubieren hecho aportes a diferentes entidades de previsión social oficial o al ISS.

En tal virtud, si como se afirmó antes, la norma en referencia creó un nuevo tipo de derecho pensional, no se puede hablar, como lo hace el demandante, de un derecho "causado", con base en la misma disposición; en otros términos, es inconcebible que el aparte de la norma acusada (parágrafo del artículo 7°), pueda violar el derecho que ella misma crea en el inciso 1°¹²¹

Para los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, antes de la ley 100 se consagraba, entonces, una simple expectativa de su derecho a pensión que solo se concretaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos respectivos (artículo 260 del Código del Trabajo y ley 6 de 1945 y 65 de 1946).

Al respecto la Corte considera pertinente recordar las implicaciones de las expectativas de derecho en este campo, las cuales generan unas consecuencias jurídicas necesariamente distintas a las de los derechos reconocidos según la ley. Así al examinar la constitucionalidad del artículo 36 de la ley 100 de 1993 relativo al régimen de transición establecido en ella la Corte expresó:

"Derechos adquiridos y expectativas de derecho en materia de seguridad social.

Justamente por cuanto los derechos a la seguridad social no se tienen por el simple hecho de ser persona humana, como si sucede con los derechos fundamentales o derechos de primera generación, para ser titular de ellos es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos que la ley, de manera general, impone para adquirirlos. Cuando, en vigencia de la ley que señala tales requisitos, estos llegan a cumplirse, se habla de derecho adquirido en materia de seguridad social. Cuando, por el contrario, durante el término de vigencia de la ley que prescribe tales condiciones, la persona que aspira a la titularidad de ellos está en vía de cumplirlas, se habla de expectativa de derecho.

Las consecuencias jurídicas en uno y otro supuesto son bien distintas: los derechos adquiridos, al tenor del artículo 58 la Carta Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores; no así las simples expectativas de derecho.

Para el caso concreto de las personas a las que se refiere la norma demandada, esto es las personas beneficiarias del régimen de transición al que se ha hecho referencia en esta Sentencia, resulta evidente que, por cuanto ellas, al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 no habían cumplido aún con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez por el régimen pensional al cual estuvieran afiliadas, no habían adquirido ningún derecho en tal sentido, y sólo tenían al respecto una expectativa de derecho".

Ahora bien, solo con la Ley 100 de 1993, es que se establece una nueva obligación para los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, cual es la de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley, o que se inició con posterioridad a la misma, para efectos de su posterior transferencia, en caso del traslado del trabajador, a las

entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida (art. 33 de la Ley 100).

En esta línea de interpretación se tiene la sentencia T-549 de 2012, en la cual se falla a favor del accionante, ordenando al Banco BBVA y al Banco Popular, el pago de la suma correspondiente a los aportes por el tiempo trabajado por el accionante entre el año 1959 y el año 1979 en dos contratos de trabajo, ambos terminados con anterioridad a la Ley 100 de 1993. La Corte indica que de la Ley 90 de 1946 y la Ley 100 de 1993, se puede inferir lo siguiente: (i) El legislador autorizó expresamente la acumulación del tiempo de servicio de los trabajadores que laboraran para empresas que tenían a su cargo el reconocimiento de una pensión, siempre que se cumpliera la condición de que sus vínculos laborales se encontraran vigentes al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, y excluyó explícitamente a quienes ya habían finalizado su vínculo laboral; (ii) Sin embargo, para este grupo de personas, como el ahora accionante, que no tenían contrato laboral vigente al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, pero que por igual trabajaron los años anteriores a ese límite sin que sus patronos realizaran los aportes a la seguridad social, les es aplicable el régimen jurídico instituido por la Ley 90 de 1946, que tal como se indicó, generó para las empresas la obligación de realizar la provisión correspondiente en cada caso para que ésta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando se asumiera por parte de éste el pago de la pensión de jubilación. No obstante lo anterior, existen sentencias previo señalado para cada caso; y para que el I.S.S. pudiera asumir el riesgo de vejez, el empleador debía aportar las cuotas

Conforme las disposiciones normativas y jurisprudenciales, procede el reconocimiento de la pensión de vejez en favor de la señora Myriam Sanchez Garcia, para que la entidad COLPENSIONES, proceda a realizar el reconocimiento en los términos de la Sentencia a Proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada y apelante, allegó alegatos en los siguientes términos:

1. El Juzgado de conocimiento, luego de analizar las pruebas decretadas y practicadas dentro de la presente acción, concluyó que a la demandante le asistió razón en el sentido de que i representada debe proceder al pago del cálculo actuarial que realice COLPENSIONES, para pagar el periodo laborado con el BANCO BBVA SA, entre el periodo 4 de noviembre de 1975 al 16 de junio de 1982.
2. Como primera medida debemos manifestar que nos ratificamos completamente en la contestación de la demanda que se tramito ante el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Cali, en el cual resaltamos que

"4.- Nótese que desde la creación de los Seguros Sociales Obligatorios Y del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (antecedente del I.S.S. y de COLPENSIONES), se estableció que para el cubrimiento de cada uno de los riesgos, éstos serían administrados de manera independiente en CADA REGIÓN por una "Caja Seccional/ de Seguros Sociales", dotada de personería jurídica y autonomía financiera, la cual velará por la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias de tales seguros en su respectiva zona, controlará y hará efectivo el pago de las cotizaciones, liquidará y pagará las prestaciones y ejercerá las demás funciones inherentes a su competencia, de manera que la obligación que la

demandante MYRIAM SANCHEZ GARCIA le endilga a mi representada, de haberla tenido que afiliar desde el 04 de noviembre de 1975 al I.S.S. y la obligación de haber tenido que efectuar el pago de las cotizaciones respectivas desde la fecha en que ingresó ella a laborar al Banco Ganadero, hoy BANCO BBVA COLOMBIA S.A. NO son apreciaciones correctas, por cuanto este artículo determinó que el ISS, en CADA REGIÓN, iría creando CAJAS SECCIONALES que velarían por la forma en que se afiliaría cada trabajador que estuvieran en la misma y controlaría y haría efectivo el pago de las cotizaciones.

6. Debemos afirmar desde ya que en la Intendencia del Putumayo (departamento desde el año 1991), con su capital de Puerto Asís, para los años 1975 a 1982, no existió ninguna CAJA SECCIONAL del I.S.S., ante el cual se pudiera afiliar los trabajadores que prestaran sus servicios en dicho departamento y/o ciudad y por lo mismo NO existía la obligación de pagar los aportes correspondientes a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que reclama la parte demandante.

11.-Con las normas transcritas, ratificamos lo afirmado en los párrafos precedentes, donde resulta claro que el ICSS, antecedente del I.S.S. (hoy COLPENSIONES), se estableció la creación de las CAJAS SECCIONALES con la competencia para reglamentar la forma de afiliar a los trabajadores a los diferentes riesgos asumidos por los seguros sociales obligatorios, y por ello a partir del 01 de enero de 1967, se comenzó la cobertura progresiva en las principales capitales de departamentos pero dicha cobertura NO llegó en forma inmediata a TODOS los municipios de Colombia e incluso en las Intendencias como el Putumayo, esa cobertura NO llegó hasta la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo cual y al NO haberse creado jamás la Caja Seccional del ISS en la citada Intendencia del Putumayo, mi representada JAMÁS tuvo la obligación de afiliar a la demandante MYRIAM SANCHEZ GARCIA al seguro de invalidez, vejez y muerte y mucho menos, tuvo la obligación de pagar las cotizaciones para la cobertura de los referidos riesgos, pues NO se presentó la asunción de los mismo en dicha región del país."

3. Con base en lo enunciado en la contestación de la demanda, es claro que mi representada no tuvo la obligación de la afiliación de la demandante desde el 04 de noviembre de 1975 al I.S.S. y por ende la obligación de haber tenido que efectuar el pago de las cotizaciones

respectivas desde la fecha en que ingresó ella a laborar al Banco Ganadero, hoy BANCO BBVA COLOMBIA S.A., cuya obligación en la intendencia del Putumayo (departamento desde el año 1991), solo se dio a partir de la expedición de la Ley 100 de 1.993.

4. Ahora bien, otro aspecto importante a tener en cuenta, es lo enunciado en la sentencia T-281 de la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ, en la cual se hace un estudio detallado de las afiliaciones progresivas posteriores al 01 de enero de 1.967, y por ende el pago de las cotizaciones a los riesgos de vejez, invalidez y muerte, en la cual se determinó la carga excesiva impuesta por el sistema a los empleadores que no realizaron dicha afiliación de sus trabajadores por la omisión reglamentaria en que incurrió el ICSS cuando no desarrolló el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, tal como el tema que nos ocupa, para lo cual se transcribe un aparte de la aludida sentencia:

“Sentencia T-281/20

Referencia: Expediente T-6.826.800

Asunto: Acción de tutela instaurada por Jaime Rodrigo Tamayo Ramírez contra la Cervecería Unión S.A., con vinculación de Colpensiones¹.

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

...

6. La omisión reglamentaria en el tránsito entre pensiones de jubilación y pensiones de vejez. El principio de la equidad

6.1. Como se advirtió, el ICSS había sido facultado por la propia Ley 90 de 1946 para regular todo lo referido al proceso de inscripción y afiliación de trabajadores, así como los requisitos, plazos y condiciones en que se debían efectuar las cotizaciones en su favor. En efecto, el artículo 21 de la norma en cita prescribía que: “[e]l patrono estará obligado a entregar la totalidad de la cotización, es decir, tanto su propio aporte como el de sus asalariados, en su caso, a la correspondiente Caja Seccional, en el tiempo y forma que establezca el Instituto”. (Subrayas fuera de texto).

6.2. Del mismo modo, esta Sala sostiene que el ICSS estaba facultado por el legislador para, primero, definir si aceptaría las cotizaciones provenientes de fechas en que no había contado con la correspondiente cobertura y, segundo, establecer reglas precisas para que ello se llevara a cabo. Esta lectura, se desprende del artículo 76 de la Ley 90 de 1946. Nuevamente, es del caso citar ese precepto:

“El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales”². (Subrayas fuera de texto).

6.3. Así entonces, el Instituto tenía la posibilidad de recibir el pago de las cotizaciones que correspondieran a esos tiempos, en principio, no cotizados por falta de cobertura. Si la autoridad administrativa aceptaba ese compromiso, debía regular la forma en que correspondería al empleador pagar las “cuotas proporcionales correspondientes”³ de que trata el artículo. Dicho de otra manera, el empleador no debía cancelar tales cuotas si antes el ICSS no se disponía a recibirlas. Con todo, y por lo observado en el recuento normativo, la entidad decidió no asumir esos tiempos y, por consiguiente, nunca dispuso de qué manera debían cobrarse las cotizaciones aludidas. Omitir este aspecto fue el resultado de la voluntad de su Consejo Directivo.

6.4. Esta omisión generó, indirectamente, que los tiempos trabajados por todos aquellos que no cumplieron con las reglas de transición previstas en el Decreto 3041 de 1966 (artículos 57, 60 y 61; *supra* II, 4.5.), no sirvieran a ningún fin en materia de seguridad social, a pesar de que habían sido fruto de su esfuerzo. Las consecuencias de la omisión referida, como se advierte, afectan únicamente al trabajador, no al empleador ni al Estado. Además, ello no cuenta con una justificación concreta y suficiente. Es decir, al revisar las normas emitidas por el ICSS, no se descubre que la falta de regulación de estos supuestos se haya fundado en causas precisas e imperiosas en virtud de las cuales fuere necesario sacrificar los intereses legítimos del empleado. De allí su injusticia.

6.5. En este punto, la Sala se remite al análisis efectuado, particularmente, en las Sentencias T-937 de 2013 y T-435 de 2014 en lo referido a la equidad como criterio idóneo para remediar las injusticias derivadas de la omisión reglamentaria, máxime cuando se trata de resolver un asunto inscrito en la lógica del derecho laboral, pues, en tal contexto, el propio Código Sustantivo del Trabajo ha permitido

al juzgador su uso⁴. A esta altura, y en concordancia con lo que señala el artículo 230 Superior⁵, es preciso acudir a él, también, en su calidad de criterio auxiliar.

6.6. En principio, es ampliamente aceptado que las reglas previstas por el legislador deben ser aplicadas a todos los casos que se circunscriben a ellas, precisamente porque las normas han de entenderse generales y, por tanto, de aplicación universal *prima facie*; lo cual garantiza, entre otros, el derecho a la igualdad. Sin embargo, fallar en equidad permite al operador jurídico revisar si a la luz del caso concreto y sus particularidades, la subsunción del asunto en la ley no permite una solución justa y, por tanto, es preciso proponer otra que sí lo sea. La Sentencia T-435 de 2014⁶, advirtió, en otras palabras, *“que la equidad tiene como propósito ajustar el derecho a las particularidades de cada asunto, racionalizando la igualdad que la ley presupone y ponderando aquellos elementos que el legislador no consideró como relevantes y que, por lo mismo, pueden llevar a la formación de injusticias. [L]a equidad tiene en cuenta los efectos concretos que se derivan para las partes del hecho de cumplir con el deber de decidir un asunto en específico”*.

6.7. En lo que se refiere al elemento de la ponderación, con esta herramienta se busca permitir al juez distribuir las cargas que la norma, con un carácter abstracto, impuso a sus destinatarios⁷. Asimismo, admite remediar los *“espacios dejados por el legislador, con miras a evitar la consolidación de injusticias, ya sea porque no se regló una hipótesis específica dentro de una norma, o porque una situación en general no ha sido regulada”*⁸. Del mismo modo, cabe señalar que decidir un caso acudiendo a las reglas de la equidad, no implica hacerlo arbitrariamente, razón por la que es esencial identificar, en el contexto empírico, las circunstancias que dan al asunto una connotación especial, en el marco de la cual aplicar literalmente un enunciado normativo puede constituir una carga excesivamente onerosa para una de las partes⁹.

⁴ Cfr., Sentencia T-435 de 2014. Esa providencia citó, para afirmar lo mismo que se reitera en esta oportunidad, lo dispuesto en el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber: *“Cuando no haya norma expresamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los convenios y recomendaciones adoptados por la organización y las conferencias internacionales del trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarias a los derechos del trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad”* (resaltado fuera del texto original). La misma Sentencia recordó que el artículo 18 del CST advierte que para la interpretación del Código *“(…) debe tomarse en cuenta su finalidad, expresada en el artículo 1º”*, siendo esta *“(…) la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”*.

⁵ Constitución Política, artículo 230 –Inciso segundo–: *“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*.

⁶ Citando las Sentencias SU-837 de 2002 y T-681 de 2013.

⁷ Cfr., Sentencia C-1547 de 2000.

⁸ Cfr., Sentencia C-1547 de 2000. Citada por las Sentencias SU-837 de 2002, T-937 de 2013 y T-435 de 2014. *“(…) el lugar de la equidad está en los espacios dejados por el legislador y su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto. La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la ley a un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que éste se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales. La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal, es decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis, la equidad exige decidir como hubiera obrado el legislador. En la primera hipótesis la equidad corrige la ley, en la segunda integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la ley resultaría una injusticia”*.

⁹ Lo dicho es una paráfrasis de la Sentencia SU-837 de 2002, citada por la T-435 de 2014, que señaló cuáles son los rasgos característicos de la equidad: *“El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la cual se encuentran las partes –sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial– es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto.*

6.8. Se ha visto que la regulación de la materia expuesta en esta providencia impuso una carga desproporcionada al empleado, cual fue la de impedirle el conteo de los tiempos trabajados antes de su afiliación al seguro social a efectos de poder acceder a su pensión de vejez. Así también, se advierte que el ICSS libró totalmente al empleador del pago de tales aportes, aun cuando pudo asumir una posición distinta en virtud de las facultades dadas por el artículo 76 de la Ley 90 de 1946. En consideración a este desequilibrio, la Corte estima que deben redistribuirse proporcionalmente las cargas a fin de ofrecer una solución justa. Sobre el asunto, refiriéndose en concreto a aquellos eventos donde con ocasión de circunstancias como las presentes una persona no puede completar las semanas mínimas requeridas para obtener la pensión de vejez, la Corte ha señalado que: *“(…) es precisamente la carga excesivamente onerosa que debe soportar el trabajador en estos casos lo que repugna a dicho principio [el de la equidad], pues como consecuencia de la ausencia de un remedio jurídico a su situación, estas personas actualmente no cuentan con un auxilio mínimo en su senectud, a pesar de haber entregado su fuerza laboral, en casi todos los casos, en su edad más productiva”*¹⁰.

6.9. Con todo, teniendo presente que la equidad es un principio que busca soluciones ponderadas, tampoco corresponde, en su nombre, imponer cargas desproporcionadas en cabeza del empleador. Este, por las disposiciones enunciadas, tenía dos obligaciones concretas: una, era la de pagar una pensión de jubilación si se acreditaban los requisitos previstos en la Ley 6 de 1945 o en el Código Sustantivo del Trabajo; y, la otra, era efectuar las cotizaciones en favor de su empleado siempre que el ICSS lo llamara. Sin embargo, el hecho de que por la omisión reglamentaria referida el patrono no hubiese respondido con lo anterior, no es óbice para que esta Sala busque un mínimo de *“justicia en las relaciones que surgen entre [las partes], dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”*¹¹.

6.10. Así, desde esta perspectiva, ese mínimo de justicia se logra reiterando las reglas que estableció la Sentencia T-435 de 2014. En aquella oportunidad, se sostuvo que, para conceder el derecho a la pensión de vejez, en casos que contengan las mismas características del presente, el juez constitucional debe constatar la concurrencia de las siguientes condiciones, a saber:

“(i) La relación laboral se inició y se extinguió antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 [...]; (ii) No cumplir con los presupuestos para acceder a la pensión de jubilación prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, por no haber laborado 20 años de manera continua con el mismo empleador; (iii) Tampoco cumplir los requisitos para acceder a la “pensión sanción” o a su equivalente, ni para beneficiarse de las hipótesis de compatibilidad establecidas y ya explicadas, entre otras normas, en el Decreto 3041 de 1966; (iv) Si durante la vigencia de la relación laboral el empleador no tuvo la obligación legal de afiliarlo al ISS, ni de pagar las respectivas cotizaciones periódicas; y (v) El tiempo cotizado sea insuficiente para acceder a la pensión de vejez, pero que sumado con el período trabajado sobre el cual no se realizaron aportes,

El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso”.

¹⁰ Cfr., Sentencia T-937 de 2013. Citando la Sentencia SU-837 de 2002, se recordó que: “(...) La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación. (...) [L]a equidad busca evitar la arbitrariedad y la injusticia, aún la injusticia que pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal”.

¹¹ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo primero.

cumple con el número necesario de semanas para obtener la prestación [...] o estaría muy cerca de ello”¹².

6.11. Los criterios anteriores permiten al juez constitucional definir si una persona puede ser beneficiaria de la pensión de vejez en los términos expuestos, pero no resuelven en qué condiciones deben ser habilitados los tiempos no cotizados en caso de que ello suceda. **La misma sentencia citada, pretendió resolver el asunto indicando tres reglas adicionales: la primera, establece que los aportes deben realizarse en favor de la administradora de pensiones, no por la totalidad del tiempo laborado (sin cobertura del ICSS), sino por el “necesario restante para que la persona pueda pensionarse o todo si las semanas aún son insuficientes”¹²; la segunda, ordena que la base para el referido pago no debe ser el sueldo que devengaba el antiguo empleado, “sino el salario mínimo de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral”¹⁴; y, la tercera, estipula que el trabajador también debe participar en la cancelación de estos aportes “en una proporción”¹⁵.**

6.12. Los presupuestos enunciados tienen la finalidad concreta de permitirle al empleado beneficiarse de una prestación económica en su vejez, al haber cumplido el tiempo de trabajo exigido en las normas que regulaban la materia aun cuando, por algunos periodos, no existió cotización. Así mismo, toda vez que se acepta la ausencia de responsabilidad del *patrono* en el no pago de estos aportes, se ideó una medida a partir de la cual este no tendría que responder por la totalidad de los mismos; lo cual es suficiente para que el trabajador no pierda su derecho y para que la estructura financiera de la entidad no sufra un grave menoscabo.

Con estos elementos en mente, se resolverá el caso concreto.

7. Caso concreto

7.1. Para recapitular, el accionante consideró vulnerados sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna, toda vez que aun cuando laboró, interrumpidamente, desde 1948 hasta 1961, y que con posterioridad cotizó 476,43 semanas más, no pudo acceder a una pensión de vejez porque, durante el primer lapso, la Cervecería Unión S.A. no realizó los aportes al sistema de pensiones. Tal empresa, por su parte, aceptó que el vínculo laboral existió con el actor en los términos indicados por él, pero defendió que no estaba obligada ni legal ni reglamentariamente a efectuar cotizaciones por esa época en tanto el ICSS empezó a funcionar, en materia pensional, desde el 1º de enero de 1967. De otro lado, Colpensiones ha afirmado que, en caso de que se reconozca el derecho a la contabilización de los tiempos laborados con anterioridad al llamamiento que hiciera el ICSS, le correspondería, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al empleador pagar en su favor un cálculo actuarial para validarlos y, una vez ello ocurra, proceder con el reconocimiento de la pensión de vejez.

7.2. Esta Sala estima que, si bien es admisible la posición de la empresa accionada, en lo referido a que no estaba obligada a efectuar cotizaciones por los periodos que echa de menos el tutelante, ello fue consecuencia de una omisión reglamentaria en que incurrió el ICSS cuando no desarrolló el artículo 76 de la Ley 90 de 1946. Esto, por supuesto, derivó en que se presentaran situaciones injustas y contrarias a la equidad como la de quien, a pesar de haber trabajado durante el tiempo requerido en los reglamentos de tal entidad para acceder al beneficio económico, no podía pensionarse por falta de aportes.

¹² Cfr., Sentencia T-435 de 2014. Fundamento Jurídico 5.5.8.

¹³ Ibídem. Fundamento Jurídico 5.5.6.1.

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ Ibídem.

7.3. Esta fue, en efecto, la situación del actor. Para analizar su caso y su eventual derecho prestacional, es preciso detenerse en los siguientes hechos probados: 1) nació el 25 de marzo de 1932¹⁶; 2) trabajó, sin cotizaciones, para la Cervecería Unión S.A. por dos periodos: el primero, desde el 8 de junio de 1948 hasta el 10 de septiembre de 1951; y el segundo, desde el 4 de mayo de 1953 hasta el 29 de agosto de 1961¹⁷; y 3) ha cotizado, también de manera interrumpida, 476,43 semanas entre el 7 de julio de 1969 y el 24 de marzo de 1981¹⁸.

7.4. Con esto, se tiene que el peticionario, en primer lugar, no completó el tiempo de servicios necesario (20 años) para que la entidad lo pensionara por su cuenta, de conformidad con las reglas de la Ley 6 de 1945 o del Código Sustantivo del Trabajo. En efecto, con ella trabajó 11 años y 6 meses. Y, en segundo lugar, aun cuando laboró más de 10 años con la accionada, no se ha debatido en qué términos culminó la relación laboral, esto es, si se desvinculó voluntariamente o si fue despedido con o sin justa causa, de manera que esta Sala no puede asumir que aquel tenga derecho a la pensión restringida de jubilación de que trata el artículo octavo de la Ley 171 de 1961.

Asimismo, el actor no se encontraba contemplado en los supuestos previstos en los artículos 57, 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966, toda vez que (i) nació después de 1917, luego, tenía que acreditar el número mínimo de semanas exigido en el artículo 11 de la misma norma, esto es, 500 en los 20 años previos al cumplimiento de la edad o 1.000 en cualquier tiempo; (ii) no completó 15 años de servicios con la Cervecería Unión S.A.; y (iii) como se ha visto, aunque superó los 10 años de trabajo con aquella, no está clara la causa de su desvinculación¹⁹.

7.5. En lo que tiene que ver con el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de vejez que pagaba el Seguro Social, se advierte que los 60 años de edad los cumplió el 25 de marzo de 1992. Para ese momento, el Decreto 3041 de 1966 (Acuerdo 224 del mismo año) había sido derogado por el Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 del mismo año). Sin embargo, a pesar del tránsito normativo, el artículo 11 de la primera norma se reprodujo, en idénticos términos, en el artículo 12 de la segunda²⁰. Así, revisado el historial de cotizaciones (sin tener en cuenta el periodo laborado con la accionada) se tiene que durante toda su vida laboral, posterior a 1967, el tutelante aportó, con diversos empleadores, 476,43 semanas, de las cuales, en el lapso comprendido entre los 40 y los 60 años, cotizó 360²¹: escenario en el que no tendría derecho a la prestación.

No obstante, si se sumara a los anteriores tiempos lo trabajado con la Cervecería Unión S.A. (596 semanas), se tendría que el peticionario cumplió con 1.072 semanas, en cualquier tiempo, esto es, más de lo exigido en el Decreto 758 de 1990. De tal manera, concluye la Corte, para el reconocimiento

¹⁶ Así lo soporta su cédula de ciudadanía (cuaderno de revisión, folio 44) y su partida de bautismo (cuaderno de instancia, folio 14).

¹⁷ Según certificación suscrita por la Gerente Técnica de la Cervecería Unión S.A. (cuaderno de instancia, folio 8).

¹⁸ Esto de conformidad con la historia laboral, actualizada al 10 de octubre de 2018, emitida por Colpensiones (cuaderno de revisión, folio 81).

¹⁹ De conformidad con el artículo 61 del Decreto 3041 de 1966, los 10 años a que se hace referencia podían haberse prestado de manera continua o discontinua.

²⁰ Decreto 758 de 1990, artículo 12: “Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: // a) Sesenta (60) o más años de edad si es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, // b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”.

²¹ Así se dispuso en la Resolución No. 5585 de 1994, a través de la cual el ISS negó la pensión de vejez al tutelante (cuaderno de revisión, folio 83)

y pago de la prestación, es esencial, en este caso, que se validen, a través de un mecanismo equitativo como el dispuesto en la parte dogmática de esta providencia (*supra* II, 6.11), no todas las semanas por las que la accionada dejó de aportar, sino solo las necesarias para completar el tiempo que falte para la pensión, es decir, 523,57. Esto porque, de lo contrario, el señor Tamayo Ramírez perdería su esfuerzo laboral y con ello vería afectados irremediablemente sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna.

7.6. En suma, admitiendo que la no cotización de los periodos en disputa se debió a la falta de regulación del ICSS —entidad delegada por el Congreso para darse sus propias normas y regular lo concerniente a los riesgos de IVM— y no a una cierta omisión del empleador, no puede proceder el sistema del cálculo actuarial. En este punto, esta Sala se aparta de la posición sostenida por la Corte Suprema de Justicia en los últimos años (*supra* II, 5.2.), según la cual, corresponde al empleador pagar ello en su totalidad, porque este era quien tenía bajo su responsabilidad el reconocimiento de la pensión patronal, en caso de que se causara²².

La Corte Constitucional, por su parte y para proteger la sostenibilidad financiera del sistema, ha ordenado que los tiempos no cotizados por falta de cobertura, se validen a través de distintos mecanismos: ordenando (i) a la administradora liquidar, con valores actualizados, lo que el empleador dejó de aportar para que este último pagara esa cifra (Sentencias T-784 de 2010, T-712 de 2011, T-549 de 2012 y T-770 de 2013); (ii) al empleador, cancelar un cálculo actuarial en favor de la administradora (Sentencias T-469 de 2015, T-665 de 2015, T-714 de 2015, T-194 de 2017, T-207A de 2018, T-337 de 2018, T-396 de 2018 y T-429 de 2018), y (iii) la concurrencia, en el pago de las cotizaciones necesarias para acceder al beneficio pensional, del empleador (75%) y del trabajador (25%), en tanto no hubo culpa alguna del primero al no realizar los aportes en su momento; razón por la cual era desproporcionado que asumiera toda la deuda (Sentencias T-492 de 2013, T-937 de 2013 y T-435 de 2014).

7.7. Esta Sala estima que exigir de la empresa el pago de la totalidad de los aportes adeudados, tiene una connotación sancionatoria. Históricamente ha procedido cuando un empleador no ha afiliado a un trabajador o no ha cancelado los aportes en su favor, aunque debía hacerlo. Desde los Decretos 1824 de 1965 y 3041 de 1966 se estipuló como castigo, para el empresario, el desembolso integral de la cotización —incluida la cuota del trabajador— solo cuando no descontaba del salario de aquél la proporción que le correspondía. En los demás eventos, los aportes tenían que financiarse de manera

²² Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 15 de noviembre de 2017, rad. 45477. Esta providencia contiene un recuento sobre la materia. Resalta que la habilitación, a través de un cálculo actuarial, de los tiempos no cotizados por falta de cobertura, se ordenó desde la Sentencia del 22 de julio de 2009, rad. 32922, al decir que era “(...) *deber del empleador [...] habilitar todo el tiempo en que el trabajador le hubiere prestado servicios mediante el traslado del cálculo actuarial correspondiente*”. Se señaló también que, en la Sentencia del 16 de julio de 2014, rad. 41745, se dispuso que “*el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes*”, lo cual se haría a través de un cálculo actuarial. Por último, y a sabiendas de que existen muchas más providencias pronunciándose en tal sentido, se resaltan las conclusiones a las que llegó la Sentencia del 15 de noviembre de 2017, rad. 45477, afirmando que: “*Para dar solución a esta eventualidad, esta Corporación le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el respectivo cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, correspondiente al tiempo de servicio prestado sin cobertura del ISS, con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, tal y como se puede apreciar en las sentencias antes reseñadas (CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 32922), donde se impuso condena en este sentido, por haberse encontrado que el empleador, si bien no tuvo el deber de afiliación al ISS en todo el tiempo de la prestación del servicio, de todas formas, sí era de su cuenta la pensión mientras no hubo afiliación*”.

tripartita, participando, al tiempo, el Estado, el empleador y el empleado. Ambos Decretos, en sus artículos 21 y 38, respectivamente, incluyeron una cláusula idéntica del siguiente tenor: “*Si el patrono no descontare el monto de la cotización del asegurado en la oportunidad señalada en este artículo, no podrá efectuarlo después y las cotizaciones no descontadas del asegurado, serán también de cargo del patrono*”.

7.8. También es sancionatoria la previsión dispuesta en el literal *d* del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, incluido por la Ley 797 de 2003. Allí se establece que, para el reconocimiento pensional, también puede tenerse en cuenta “*el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador*”, la solución que el mismo artículo plantea es que la empresa cancele un cálculo actuarial para que esos tiempos sean tomados en consideración por el Régimen de Prima Media. En esta misma línea, el Decreto 1833 de 2016, en su artículo 2.2.16.7.18 —inciso sexto—, señala con toda claridad que este remedio judicial es aplicable cuando “*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*” (subrayas fuera de texto).

7.9. En la actualidad, este llamado cálculo actuarial, se encuentra regulado en el mismo Decreto 1833 de 2016 de cuyo contenido se extrae, primero, que su valor depende de unas formulaciones matemáticas específicas y, segundo, que en su pago no participa nadie más que el empleador²³.

7.10. Este Tribunal asume, entonces, que en razón a que la Cervecería Unión S.A. no omitió, por su propio capricho el pago de las cotizaciones correspondientes a periodos donde el Instituto no había logrado la cobertura necesaria, la habilitación de una parte de esos tiempos²⁴ debe hacerse a través de un mecanismo alterno, que responda a la realidad de este caso y que sea equitativo. Esto porque, así como se ha sostenido que no es procedente que el trabajador asuma en soledad las consecuencias de la no reglamentación de estos escenarios, tampoco puede cobrarse al empleador la totalidad de lo debido porque con eso se afirmaría que fue su responsabilidad la no entrega de tales dineros, lo que, como ha quedado demostrado a lo largo de la providencia, sería incorrecto.

7.11. Adicionalmente, esta connotación sancionatoria no es lo único que preocupa a la Sala, pues, también debe aceptarse que las empresas que asumían pensiones de jubilación, por su capacidad de producción y su capital, contaban, en muchos casos, con un gran número de trabajadores, razón por la cual, aplicar de manera retroactiva y después de muchos años una obligación que legalmente no debían asumir, podría tener una carga excesivamente onerosa sobre su estabilidad financiera si todos aquellos pidieran, en su favor, la realización del cálculo actuarial indicado para, por ejemplo, acceder a reliquidaciones de las pensiones que ya devenguen. Esto sería contrario al principio de la equidad del que trató el capítulo sexto de esta providencia, toda vez que se crearía un nuevo desequilibrio que, ciertamente, tendría consecuencias económicas más o menos graves, dependiendo del tamaño de la entidad. De allí que esta providencia haya limitado, a los casos que –como el presente– cumplan con las condiciones previstas en el fundamento jurídico II, 6.12, la posibilidad de habilitar algunos periodos trabajados y no cotizados por falta de cobertura del ICSS.

7.12. Por otra parte, habida cuenta que las cotizaciones necesarias para que el actor acceda al derecho deben pagarse, a efectos de que la administradora de pensiones encuentre soporte financiero para el reconocimiento de la prestación, ampliando lo dispuesto por la Sentencia T-435 de 2014²⁵, se

²³ Decreto 1833 de 2016, artículos 2.2.4.4.2., 2.2.4.4.3. y 2.2.4.4.4.

²⁴ La necesaria para que el accionante pueda pensionarse.

²⁵ Supra II, 6.11.

establecerá una fórmula en la que, tomando como referencia el salario mínimo de aquella época²⁶, se aporten 523,57 semanas, de las 596 trabajadas con la accionada, en la forma tripartita indicada por los artículos 16 de la Ley 90 de 1946²⁷ y 33 del Decreto 3041 de 1966²⁸. Con esto, el empleador deberá cancelar un 50%, el trabajador un 25% y el Estado –representado por Colpensiones– otro 25%. Así, la Corte busca, por un lado, dar cumplimiento a la regulación de la época y, por otro, cobrar al Estado una parte de la cuota, lo cual se corresponde con un sentido de justicia si se asume que el causante de la omisión de que trató el capítulo quinto fue el ICSS.

7.13. Ahora bien, con lo dicho, esta Corte admite que el derecho a la pensión de vejez del accionante se causó el 25 de marzo de 1992, fecha para la cual, contando los periodos efectivamente cotizados al sistema de seguridad social y los trabajados (sin aportes), el susodicho acreditó los dos requisitos esenciales para ello (edad y tiempo de servicios), de acuerdo a lo normado en el Decreto 758 de 1990. Sin embargo, de ello no se sigue que la prestación deba ser pagada desde tal fecha. En efecto, la protección que en esta ocasión se brinda, tiene por objeto amparar, principalmente y por las circunstancias en que se encuentra el peticionario, su derecho al mínimo vital. Para conseguir esa finalidad, no es del caso ordenar, y menos en sede constitucional, la cancelación en su favor de cerca de 28 años de mesadas pensionales, pues ello desbordaría el objeto mismo de la presente causa, motivo por el cual esta Corporación ordenará a Colpensiones, como se consignará en la parte resolutive de la providencia, reconocer y pagar la prestación desde el día en que se emite la presente providencia.

7.14. Por último, en tanto fue informado por Colpensiones que mediante la Resolución No. 13718 de 2008, el ISS reconoció al actor una indemnización sustitutiva en cuantía única de \$3.805.277 m/cte,

²⁶ Esta fórmula busca habilitar el tiempo requerido para acceder a la pensión, pero no tiene incidencia en la determinación del monto de la misma, de conformidad con la forma en que una pensión de vejez debía reconocerse con base en el Decreto 758 de 1990 –artículo 20–.

²⁷ Ley 90 de 1946, artículo 16: “Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos, serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos (\$30.000), o de ciento veinticinco mil (\$125.000) tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado contribuirá con una parte de la respectiva cuota patronal, que el decreto reglamentario fijará entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la misma. Los aportes del Estado se financiarán, en primer término, con los productos de las rentas especiales de que trata el artículo 29, pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables”.

²⁸ Decreto 3041 de 1966, artículo 33: “Para los primeros cinco (5) años de vigencia del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, se fija la cotización global del seis por ciento (6%) de los salarios asegurables, la cual será satisfecha en un tres por ciento (3%) por los patronos, en un uno y medio por ciento (1.5%) por los asegurados y en un uno y medio por ciento (1.5%) por el Estado. // Después de los cinco primeros años de vigencia de este Seguro, la cotización global será del 9% de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un cuatro y medio por ciento (4.5%) por los patronos, en un dos y cuarto por ciento (2.25%) por el Estado. // Después de los diez primeros años de vigencia de este Seguro, la cotización global será de un doce por ciento (12%) de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un seis por ciento (6%) por los patronos, en un tres por ciento (3%) por los trabajadores y en un tres por ciento (3%) por el Estado. // Después de los quince primeros años de vigencia de este Seguro, la cotización global será de un quince por ciento (15%) de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un siete y medio por ciento (7.5%) por los patronos, en un tres y tres cuartos por ciento (3.75%) por los asegurados y en un tres y tres cuartos por ciento (3.75%) por el Estado. // Después de los veinticinco primeros años de vigencia de este Seguro, la cotización global será de veintidós por ciento (22%) de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un once por ciento (11%) por los patronos, en un cinco y medio por ciento (5.5%) por los asegurados y en un cinco y medio por ciento (5.5%) por el Estado”.

tomando en consideración las 476,43 semanas efectivamente cotizadas, esta Corte considera necesario que, en virtud de la incompatibilidad entre esa prestación y la pensión de vejez, tal valor deba cobrarse al actor con su respectiva indexación. Así las cosas, tanto ese monto, como el 25% de los aportes pendientes de pago por algunos periodos que trabajó con la accionada, corren por su cuenta, de manera que se faculta a la administradora de pensiones para que descunte ambos conceptos de las mesadas que a futuro se le paguen o, en su defecto, realice un acuerdo de pago con él.

7.15. En razón de lo que se ha indicado, se revocará el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Oralidad de Itagüí (Antioquia), el 13 de marzo de 2018, y se ampararán los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna del señor Jaime Rodrigo Tamayo Ramírez.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el 13 de marzo de 2018 por el Juez Primero Civil Municipal de Oralidad de Itagüí (Antioquia), y, en su lugar, **TUTELAR** los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna del señor Jaime Rodrigo Tamayo Ramírez.

Segundo.- ORDENAR a Colpensiones que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, calcule el monto al que asciende la deuda por los aportes correspondientes a las 523,57 semanas que le hacen falta al tutelante para acceder a la pensión de vejez —de las 596 trabajadas con la Cervecería Unión S.A. y cuya cotización nunca se efectuó— tomando como referencia el salario mínimo del último año trabajado por el actor en esa empresa. Del cálculo total, esa administradora deberá responder por el 25% en virtud de lo reseñado en la parte motiva de esta providencia. Asimismo, en el transcurso de las 24 horas siguientes a la realización de tal cálculo, deberá remitir copia del mismo a la Cervecería Unión S.A. y al señor Jaime Rodrigo Tamayo Ramírez, para que cada uno conozca, respectivamente, el monto al que se eleva el 50% y el 25% de la deuda mencionada.

Tercero.- ORDENAR a Colpensiones que, de manera concomitante al proceso de comunicación anterior y dentro de las 48 horas siguientes a la realización del cálculo de lo adeudado, reconozca la pensión de vejez al accionante en aplicación de lo establecido por el Decreto 758 de 1990, ordenando su pago desde el día en que se emite esta sentencia. En el acto administrativo señalará que tanto el valor indexado de la indemnización sustitutiva reconocida a través de la Resolución No. 13718 de 2008, como el monto al que ascienda el 25% de los aportes adeudados, deberán ser descontados al señor Tamayo Ramírez de las mesadas que a futuro se le giren, o, pagados por él previo acuerdo entre las partes.

Cuarto.- ORDENAR a la Cervecería Unión S.A. que, dentro de los dos meses siguientes al conocimiento que tenga del cálculo de que trata el artículo tercero de esta providencia, pague en favor de Colpensiones el 50% que le indique esa administradora.

Quinto.- Por Secretaría General de esta Corporación, **LÍBRENSE** las comunicaciones del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.”

5. Conforme la precitada sentencia (de la cual se solicita al Honorable Tribunal Superior que se tenga en cuenta en esta oportunidad) y el caso concreto, es claro que mi representada, no estaba en la obligación de la afiliación al sistema de seguridad social de pensiones entre el periodo del 4 de noviembre de 1975 al 16 de junio de 1982 y, por ende, se debe revocar en su totalidad las condenas impuestas hacia mi representada.

En los anteriores términos, dejamos presentado el respectivo alegato de segunda instancia.

Visto lo anterior, y al no avistarse causal que invalide lo actuado, se ocupará la Sala de resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora y pasiva, en conformidad con las siguientes

II. CONSIDERACIONES

Como en el presente asunto no se encuentra en discusión la existencia de la relación laboral ni de sus extremos temporales, si no que los

puntos en desacuerdo del recurrente atañen a la condena impuesta por la *a quo* al ordenar el pago del cálculo actuarial en favor de la demandante sobre una obligación que no estaba en cabeza de BBVA COLOMBIA; pues la creación del seguro social se fue dando de manera paulatina para el cubrimiento en cada región de nuestro país, siendo la afiliación obligatoria a partir del 1° de abril de 1994, por lo que para el periodo comprendido entre 1975 y 1982 dicha obligación no existía, a lo que se añade que la demandante no notificó a la demandada recurrente que estaba afiliada a Colpensiones, toda vez que de los hechos de la demanda se evidencia que la aquí demandante se afilió fue al sistema de seguridad social en pensiones a través de Porvenir S.A; lo que conlleva a que se exonere a la demandada de los pagos de los intereses moratorios que para estos casos se imponen al momento de la liquidación de cálculos actuariales por parte de las administradoras de fondos de pensión, en este caso Colpensiones.

Para resolver el primer interrogante atrás planteado, se tiene como recuento normativo referente de las cotizaciones a pensiones anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 que las pensiones patronales, en lo público y privado, fueron previstas por la Ley 6ª de 1945. En lo referido al último sector, para esa fecha, no existía un sistema de seguridad social que se hiciera cargo de las prestaciones sociales y, por ello, los empleadores, siempre que contaran con un capital que superara el millón de pesos, debían pagar la jubilación del trabajador que llegara a los 50 años de edad y cumpliera 20 años de servicios prestados con una misma entidad. Estos tiempos podían ser continuos o discontinuos. No tenían derecho

a la pensión, en tal sentido, quienes trabajaban en entidades cuyo capital fuera inferior.

La Ley 64 de 1946, para ampliar el rango de protección a un número mayor de trabajadores, dispuso que las compañías obligadas a responder por este tipo de emolumentos serían aquellas cuyo capital superara los \$800.000.

Posteriormente, el Congreso emitió la Ley 90 de 1946. Esta fue la primera norma que propuso, progresivamente, eliminar la obligación que tenía el empleador frente al pago de las pensiones de jubilación y establecer un sistema de seguridad social que permitiera incorporar a él todo el tiempo laborado por una persona, independientemente de que lo hubiese prestado para uno o para varios empleadores. La manera en que ello ocurriría, involucraba la creación del Instituto Colombiano de Seguro Social, en favor del cual se efectuarían cotizaciones mensuales, que soportarían financieramente, el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de esa administradora, una vez se acreditara un mínimo de edad y semanas cotizadas.

Los aportes incluían un sistema de triple contribución forzosa, donde estaban involucrados los empleados, los empleadores y el Estado. La protección ya no dependería del capital con que contara el *patrono*.

Por la entrega de la fracción del empleador y el empleado, respondía el primero, y ello debía hacerse en el tiempo y forma que estableciera el Instituto, esto es, cuando existiera el llamamiento. La ley preveía

castigos para los empresarios que no afiliaran a sus trabajadores al seguro, o lo hicieran tardíamente.

El funcionamiento de este esquema inició operaciones lentamente, de allí que la Ley advirtiera que las prestaciones patronales debían seguir rigiendo hasta tanto el seguro las asumiera, lo cual ocurriría en el momento en que esa administradora así lo decidiera.

Por último, se resalta que el artículo 76 de la Ley en cita, estableciera la posibilidad de que el ICSS asumiera la pensión de vejez tomando en consideración tiempos trabajados con anterioridad a la fecha en que aquella entró en vigencia, previa cancelación de tales cotizaciones por parte del empleador. La redacción del artículo contenía los siguientes términos: *«para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes».*

Ahora, el Decreto 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), sobre el particular, mantuvo la obligación de reconocer esa prestación a quien llegara a los 55 o 50 años, dependiendo de su sexo, y trabajara con el mismo empleador por 20 años. Por otra parte, estableció una pensión que se pagaría a quien fuera despedido sin justa causa, después de 15 años de servicios, prestación cuyas condiciones fueron modificadas con la Ley 171 de 1961, al decir a) que la recibiría quien hubiese sido despedido, sin justa causa, después de haber trabajado más de 10 años, menos de 15; b) que se reconocería desde el despido o desde el cumplimiento de los 60 años, lo que ocurriera de último; c) que si el despido sin justa causa, se daba después de 15 años de

servicios, la prestación se pagaría cuando el trabajador cumpliera 50 años; y d) que también tenía derecho a ella, a partir de los 60 años, quien se retirara voluntariamente después de 15 laborados.

De manera concomitante, las primeras previsiones que el ICSS expidió para regular lo concerniente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, aparecieron en el Decreto 1695 de 1960, y en el Decreto 1697 del mismo año, aprobatorio del primer «*Reglamento General del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte*», que el propio Instituto había elaborado a través del Acuerdo 100 de 1960. Esta última norma comprendía reglas referidas a las condiciones necesarias para acceder a la pensión de vejez. Sin embargo, a pesar de lo anterior, no había sido regulada la forma en que debían inscribirse los trabajadores y tampoco el monto de las cotizaciones que debían hacerse en su favor, lo que se dejó pendiente para una posterior reglamentación.

En los Decretos 1824 de 1965 y 3041 de 1966. En el primero de ellos, se dispuso que los afiliados originales serían quienes ya hacían parte del seguro de enfermedad no profesional y de maternidad, que en un término de seis meses la protección se extendería a todas las capitales de departamentos del país y que, en adelante, se procuraría una ampliación gradual a todas las regiones del mismo. Igualmente, se advirtió que una vez el empleador estuviere obligado a ello en virtud de la iniciación del seguro social, debía pagar la cotización que correspondía a él y al empleado, descontándole a este último su proporción del salario.

A partir del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 señalado y aceptando el mandato otorgado por la Ley 90 de 1946, el ICSS reglamentó, en definitiva, todo lo referido a la pensión de vejez y los términos en los que esta sería reconocida. La cotización correspondía al 6% de los salarios devengados, donde un 3% era aportado por el empleador, un 1.5% por el trabajador y otro 1.5% por el Estado, valores que aumentaban con los años. Reiteró que la entrega de las cotizaciones debía hacerse por el empleador *«a través de la caja seccional u oficina local que [correspondiera] a su jurisdicción en el plazo y forma que [determinara] el reglamento de aportes y recaudos»*. Si el *patrono* no descontaba del salario la proporción que concernía al trabajador, tenía que pagarla con sus propios fondos. A las cajas seccionales y oficinas locales del ICSS atañía regular la inscripción de los asegurados y beneficiarios. Y, en todo caso, se entendió que la fecha de iniciación del seguro era aquella en que el mismo se extendía a una nueva zona o grupo laboral.

Esta norma materializó, en definitiva, los mandatos proferidos por el Congreso en la Ley 90 de 1946.

Ahora, la Ley 100 de 1993 (artículo 33, párrafo primero –literal c–) modificó la lectura aludida cuando estableció que las semanas laboradas en empresas que tenían a su cargo el reconocimiento de la jubilación, con anterioridad a su entrada en vigencia, podían computarse para el reconocimiento de la pensión de vejez siempre que esa vinculación se mantuviera o se iniciara con posterioridad al 23 de diciembre de 1993. Para cuyo efecto era necesario que el empleador realizara el cálculo actuarial regulado en el Decreto 1887 de 1994. Así,

por primera vez, se admitían cotizaciones relacionadas con periodos donde el empleador no había adelantado afiliación alguna en favor de sus trabajadores habida cuenta que respondía, con su propio peculio, por la jubilación. Aspecto que, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-506 de 2001.

Sobre este tópico es necesario traer a colación lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL9856-2014, mediante la cual se consolidó el nuevo y actual criterio, pues, se habían presentado diversos discernimientos al respecto, que lograban ofrecer cierta confusión en torno al tema.

Así, se decidió eliminar totalmente la inmunidad que se otorgaba al empleador que no afiliaba a su trabajador al sistema de seguridad social, por falta de cobertura en un determinado lugar y se estableció que, en los lapsos de no afiliación, los empleadores, a pesar de que no actuaran de manera negligente, debían asumir el riesgo pensional frente a sus trabajadores, pues respecto de ellos se mantenían determinadas obligaciones y responsabilidades.

En este punto, como lo ha asentado la jurisprudencia, resulta importante memorar lo dicho en sentencia CSJ SL17300-2014, reiterado en la sentencia CSJ SL939-2019; en el sentido que:

«[...]

El citado criterio de la Corte se ha extendido hasta tal punto, que se le ha reconocido al trabajador el derecho de recuperar esos tiempos no cotizados, sin importar la razón que tuvo el empleador para dejarlo de afiliar. Así, dicha solución se emplea en los eventos en que la ausencia de afiliación se hubiera dado por falta de cobertura del sistema de

seguridad social, por omisión pura y simple del empleador, por la creencia del empleador de no encontrarse regido por una relación laboral, e independientemente de si el contrato de trabajo se encontraba vigente o no cuando entró a regir la Ley 100 de 1993. Todo ello, en apoyo de la evolución de la normatividad reflejada en disposiciones como el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y, así mismo, con base en los principios de la seguridad social, tales como la universalidad, unidad e integralidad “que velan por la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores [...] 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».

Conforme al anterior recuento jurisprudencial y acorde con el criterio actual de la Corte, razón le asiste a la Juzgadora de primera instancia al ordenar el pago del cálculo actuarial en favor de la demandante, pues no puede la demandada excusarse en el hecho que para el tiempo que la demandante laboró para ella, no existía la obligación de la afiliación al sistema de pensión existente para la época, pues, se itera, las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores, derivadas de la seguridad social en pensiones, subsisten aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia, como también al margen que tuvieran o no su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación, para cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Siguiendo las directrices anteriores, es claro que no se presentó desatino alguno por parte de la Juez de primera instancia al imponerle a la demandada la obligación de cancelar el título pensional, máxime cuando la Corte Suprema de Justicia ha considerado como respuesta más adecuada a los intereses de los trabajadores, que las entidades de seguridad social tengan en cuenta el tiempo servido, como

efectivamente cotizado, y el empleador pague el cálculo actuarial, por los periodos omitidos, en perspectiva, a que, de esta manera se reconoce el trabajo y a la vez no se afecta la estabilidad económica del sistema.

En ese sentido, en la sentencia CSJ SL14388-2015, la Corte señaló:

«[...] Ahora bien, aquí y ahora, para la Corte resulta preciso reivindicar la mencionada orientación y evolución en su jurisprudencia, pues el mencionado traslado de responsabilidades entre entidades de la seguridad social – para pago de las pensiones – y empleadores – para pago de cálculos actuariales -, es el que resulta más adecuado a los intereses de los afiliados y el más acoplado a los objetivos y principios del sistema de seguridad social.

[...]

Por otra parte, para la Corte la solución a situaciones de omisión en la afiliación que se ha venido reseñando resulta eficiente, pues reconoce prioritariamente el trabajo del afiliado, como base de la cotización, a la vez que garantiza el reconocimiento oportuno de las prestaciones, 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.

De igual forma, para la Corte, esta orientación es la respuesta más adecuada a los intereses de los afiliados, pues se les garantiza el pago de sus prestaciones a través de entidades del sistema de seguridad social, que tienen una mayor solidez financiera, vocación de permanencia y estabilidad, a la vez que una menor volatilidad que la que pueden tener determinadas empresas.

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social».

Ahora en cuanto al reparo realizado por la apelante demandada, cuando refiere que la demandante no estuvo afiliada al Instituto de los

Seguros Sociales, por tanto, no se puede ordenar el pago del cálculo actuarial «*por cuanto dentro del presente proceso aquí nunca ha surgido una afiliación a Colpensiones o no se logra al menos corroborar esa situación o ese hecho dentro del presente proceso*»; se tiene que a folio 109 de halla una certificación donde se logra verificar que la demandante estuvo afiliada a dicha entidad desde el 01 de marzo de 1973 siendo su estado “ASIGNADO A OTRO FONDO”, veamos:



El Señor (a) **MYRIAM SANCHEZ GARCIA** identificado (a) con **Cédula de Ciudadanía 41484599**, estuvo afiliado (a) a la Administradora de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales desde 01/03/1973 y su estado es ASIGNADO A OTRO FONDO POR DECRETO 3800/2003

Figura registrado Bajo el (los) siguiente(s) Empleador(es):

Documento Aportante	TD	Tipo Aportante	Razón Social	Tipo Vinculado	Fecha Ingreso Pensión	Fecha Inactivación Pensión
1008201262	P	PATRONAL	LUIS RICARDO GARCIA C	DEPENDIENTE	1973/03/01	2006/01/31

La presente certificación se expide en VALLE, el 03/12/2009


FIRMA AUTORIZADA
Seccional VALLE,
Seccional de Afiliación y Registro
Usuario rsur_76elzuñiga

Este documento no es válido para el reconocimiento de prestaciones económicas, está sujeto a verificación y no tiene costo alguno.

Por lo anterior, es claro que la afiliación a COLPENSIONES, otrora ISS, cesó, pasando la demandante como afiliada al RAIS, régimen que procedió a realizarle devolución de saldos a través de la AFP PORVENIR S.A.

Nótese que en la demanda no se deprecia pensión de vejez como tal; se indica que hubo una devolución de saldos por cuenta de

Porvenir, por manera que corresponde a los demandados solicitar a la última ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS del RAIS a la cual estuvo afiliada la demandante, el correspondiente cálculo actuarial por los periodos en que prestó servicios para el BBVA y para la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO, esto es, desde el 4 de noviembre de 1975 al 16 de junio de 1982 y del 3 de junio de 1985 al 30 de septiembre de 1987, respectivamente y una vez dicha AFP entregue el correspondiente cálculo actuarial, deberán las citadas empresas cancelar el valor a que haya lugar, en su totalidad.

Ahora, como quiera que se queja la parte apelante también de las consecuencias de los pagos de los intereses moratorios que para estos casos imponen al momento la liquidación de estos cálculos actuariales por parte de las administradoras de fondo de pensión, en este caso Colpensiones, solo basta con decir para argumentar que no le asiste razón que la Juez de primera instancia nada dijo sobre este ítem, además debe exponerse que el cálculo actuarial por omisión del empleador privado, se realiza por solicitud del empleador o por orden judicial, en los casos en que se omitió la afiliación (o no se reportó novedad de vínculo laboral) del trabajador al Sistema General de Pensiones; cálculo que no comprende cotizaciones ni intereses moratorios, pues dicha figura esta establecida para casos de traslado de una reserva actuarial que cubrirá la pensión de vejez del trabajador y debió mantener el empleador durante el periodo de su omisión.

Sin más consideraciones por innecesarias; ante el resultado del recurso, habrá lugar a imponer costas en segunda instancia, a cargo de la demandada BBVA COLOMBIA y a favor de la demandante. Fíjese como agencia en derecho la suma de \$200.000,00

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga, Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia 047 del 28 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali – Valle del Cauca, el cual quedará así:

*“**PRIMERO:** Se **CONDENA** al Banco Ganadero hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. BBVA S.A. y a la Caja de Compensación Familiar del Putumayo, a solicitar a la última ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS del RAIS a la cual estuvo afiliada la demandante, el correspondiente cálculo actuarial por el periodo laboral en el que la demandante Miriam Sánchez trabajó para el BANCO GANADERO, HOY BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA BBVA, desde el 4 de noviembre de 1975 al 16 de junio de 1982 y con la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL PUTUMAYO entre el 3 de junio de 1985 y el 30 de septiembre de 1987, para cuyo efecto las entidades empleadoras en ese momento deberán aportar a la mencionada AFP, los certificados de salarios devengados mensualmente por la demandante durante dicho periodo para efectos de la elaboración del cálculo actuarial respectivo; una vez dicha AFP entregue el correspondiente cálculo actuarial, deberán las citadas empresas*

BBVA y CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL PUTUMAYO cancelar el valor a que haya lugar, en su totalidad”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, identificada con el número 047 del 28 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali – Valle del Cauca, en el asunto de la referencia.

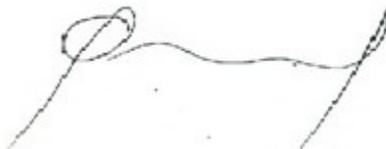
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada BBVA COLOMBIA y a favor de la demandante. Fíjese como agencia en derecho la suma de \$200.000,00.

CUARTO: DEVUÉLVASE el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, para que proceda a la notificación de esta providencia y trámite posterior, en los términos del Acuerdo PCSJA22-11962 del 22 de junio del año 2022.



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR

Ponente



MARÍA GIMENA CORENA FONNEGRA



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

Firmado Por:

**Maria Matilde Trejos Aguilar
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Buga - Valle Del Cauca**

**Consuelo Piedrahita Alzate
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Buga - Valle Del Cauca**

**Maria Gimena Corena Fonnegra
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Buga - Valle Del Cauca**

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: **9d762c9628193831bca7b33826f95a3e079bb14068232a44e2fa5bab93ff0890**

Documento generado en 20/11/2023 06:07:43 PM

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