



República de Colombia
Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué
Sala Cuarta de Decisión Laboral

Ibagué, uno de junio de dos mil veintidós.

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Parte demandante:	Myriam Corrales de Barreto
Parte demandada:	Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, y BANCOLOMBIA S.A.
Intervinientes:	Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y Ministerio Público.
Radicación:	(2021-137)73001310500420190004501
Fecha de decisión:	Sentencia del 20 de abril de 2021
Motivo:	Recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes y consulta de la sentencia adversa a entidad descentralizada de orden Nacional de la que la Nación es garante
Tema:	Calculo actuarial – pensión de sobrevivientes
M. Sustanciador:	Kennedy Trujillo Salas
Fecha de admisión:	11/08/2021
Fecha de registro:	19/05/2022
ACTA:	16-26/05/2022

El asunto.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y la consulta de la sentencia proferida el 20 de abril de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1. Síntesis de la demanda y de su respuesta.

Myriam Corrales de Barreto, a través de apoderado, reclama de la judicatura y en contra

de COLPENSIONES y BANCOLOMBIA S.A., se declare que entre BANCOLOMBIA en calidad de empleador y Libardo Barreto, en calidad de trabajador, existió un contrato de trabajo con fecha de inició el 13 de noviembre de 1967 y hasta el 14 de junio de 1983, fecha de su fallecimiento; que se declare que Libardo Barreto, no estuvo afiliado al ISS en los periodos comprendidos entre el 13 de noviembre de 1967 hasta el 14 de abril de 1968, desde el 3 de octubre de 1972 al 31 de diciembre de 1981 y del 1 de junio de 1983 hasta el 14 de junio de 1983, quedando a cargo de la demandada BANCOLOMBIA, la obligación de hacer los provisionamientos necesarios de capital para realizar dichas cotizaciones; ordenar a COLPENSIONES, liquide el cálculo actuarial de acuerdo con los salarios que devengaba Libardo Barreto, de los periodos comprendidos entre el 13 de noviembre de 1967 al 14 de abril de 1968, del 3 de octubre de 1972 al 31 de diciembre de 1981 y del 1 de junio de 1983 al 14 de junio de 1983, tan pronto efectúe la liquidación debe informárselo a BANCOLOMBIA, para que transfiera la suma correspondiente; ordenar a BANCOLOMBIA, una vez COLPENSIONES informe el valor del cálculo actuarial le transfiera a ésta última entidad la suma correspondiente a dicho calculo por los periodos dejados de cotizar al sistema pensional del causante Libardo Barreto y comprendidos entre el 13 de noviembre de 1967 al 14 de abril de 1968, del 3 de octubre de 1972 al 31 de diciembre de 1981 y del 1 de junio de 1983 al 14 de junio de 1983; condenar a COLPENSIONES, para que una vez le transfiera a BANCOLOMBIA el valor del cálculo actuarial, le reconozca la pensión de sobrevivientes por sustitución pensional, prestación deberá ser pagada a partir del 14 de junio de 1983, fecha del fallecimiento de Libardo Barreto; condenar a COLPENSIONES a reconocerle, sobre las mesadas adeudadas la indexación o corrección monetaria desde el día de su exigibilidad y hasta cuando se verifique el pago; lo que resulte privado ultra y extra petita y las costas procesales. En **subsidio** solicita se declare que, entre BANCOLOMBIA, en calidad de empleador y Libardo Barreto, en calidad de trabajador, existió un contrato de trabajo con fecha de inicio de 13 de noviembre de 1967 al 14 de junio de 1983, fecha de su fallecimiento; que se declare que Libardo Barreto, no estuvo afiliado al ISS, en los periodos comprendidos entre el 13 de noviembre de 1967 al 14 de abril de 1968, del 3 de octubre de 1972 al 31 de diciembre de 1981 y del 1 de junio de 1983 al 14 de junio de 1983, quedando a cargo de BANCOLOMBIA, la obligación de hacer los provisionamientos necesarios de capital para realizar dichas cotizaciones; ordenar a COLPENSIONES, liquide el cálculo actuarial, de acuerdo con los salarios que devengaba Libardo Barreto, de los periodos comprendidos del 13 de noviembre de 1967 al 14 de abril de 1968, del 3 de octubre de 1972 al 31 de diciembre de 1981 y del 1 de junio de 1983 al 14 de junio de 1983, tan pronto efectué la liquidación, debe informársela a BANCOLOMBIA, para que esta transfiera la suma correspondiente; ordenar a BANCOLOMBIA, una vez COLPENSIONES, informe el valor del cálculo actuarial le transfiera a ésta última entidad la suma correspondiente a dicho cálculo por los periodos dejados de cotizar al sistema pensional del causante Libardo Barreto, y comprendidos

entre el 13 de noviembre de 1967 hasta el 14 de abril de 1968, del 3 de octubre de 1972 al 31 de diciembre de 1981, y del 1 de junio de 1983 al 14 de junio de 1983; condenar a COLPENSIONES, para que una vez BANCOLOMBIA, le transfiera el valor del cálculo actuarial a reconocerle la pensión de sobrevivientes por sustitución pensional, prestación que deberá ser pagada a partir del 7 de enero de 2008, fecha en la que se hizo exigible la pensión de vejez que dejó causada Libardo Barreto; que se condene a COLPENSIONES, a reconocerle sobre las mesadas adeudadas la indexación o corrección monetaria desde el 7 de enero de 2008 hasta cuando se verifique el pago; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales.

Soporta sus pretensiones en síntesis en que: Libardo laboró para BANCO DE COLOMBIA S.A. hoy BANCOLOMBIA S.A., de manera ininterrumpida desde el 13 de noviembre de 1967 y hasta el 14 de junio de 1983 – hecho 1; que el contrato de trabajo terminó entre las partes, porque Libardo Barreto, falleció el 14 de junio de 1983 – hecho 2; que el 23 de octubre de 1971, contrajo matrimonio católico con Libardo Barreto, con quien convivió hasta el día de su fallecimiento, dependiente económicamente del causante – hecho 3; que con el causante procreó dos hijos de nombres Juan Pablo y Adriana Lucia Barreto Carrales, quienes para la fecha del fallecimiento eran menores de edad y quienes junto con ella convivían bajo el mismo techo del trabajador fallecido y dependían económicamente de éste – hecho 4; que Libardo Barreto, nació el 7 de enero de 1947 y de no haber fallecido, el 7 de enero de 2008 habría cumplido 60 años de edad – hecho 5; que Libardo Barreto trabajó para BANCO DE COLOMBIA hoy BANCOLOMBIA del 13 de noviembre de 1967 al 1 de octubre de 1972, en la sucursal de Ibagué, del 2 de octubre de 1972 hasta el 14 de junio de 1983, día de su muerte en la sucursal del municipio de Venadillo – hecho 6; que durante la vigencia del contrato laboral, Libardo Barreto, ocupó los cargos de auxiliar de oficina “A” maquinista nocturno, auxiliar de oficina “A” auxiliar de cartera, auxiliar de oficina “A” auxiliar de remesa, y al momento de su fallecimiento se desempeñaba como revisor – hecho 7; que BANCO DE COLOMBIA le pagaba a Libardo Barreto, su salario y beneficios laborales bajo el código de empleado 08498 y de acuerdo con la cláusula segunda del contrato de trabajo y sus modificaciones, la entidad bancaria le canceló como asignación salarial mensual las siguientes sumas de dinero: en la cláusula segunda del contrato de fecha 15 de noviembre de 1968, se pactó como asignación salarial la suma de \$811, en la cláusula segunda del contrato de fecha 15 de noviembre de 1969, se pactó como asignación salarial \$931, en la cláusula segunda del contrato del mes de febrero de 1970, se pactó como asignación salarial la suma de \$1.000, en la modificación del contrato de trabajo con efectos a partir del 16 de noviembre de 1970, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar la suma de \$1.230, en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 16 de noviembre de 1971, se incorporó la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar

la suma de \$1.515, en la modificación al contrato de trabajo, se incorporó que la entidad bancaria y con motivo del traslado de la ciudad de Ibagué al Municipio de Venadillo, le reconoció y pago la suma de \$150 a título de subsidio de clima, en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 16 de julio de 1973, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma de \$2.006, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de abril de 1974, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma de \$2.200, en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1975, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma de \$3.540, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1976, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar la suma de \$4.290, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1978, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma de \$6.863, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de septiembre de 1979, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma mensual de \$10.000, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1980, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma mensual de \$14.200, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1981, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma mensual de \$17.800, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1982, se incorporó a la cláusula segunda del contrato de trabajo que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma mensual de \$22.300 – hecho 8; que el 11 de abril de 2018, elevó derecho de petición a BANCOLOMBIA, con el fin de que la entidad bancaria le certificara el valor de los salarios devengados por Libardo Barreto, desde el 13 de noviembre de 1967 hasta el 14 de junio de 1983, certificación que debía comprender todos los factores salariales, petición que fue contestada el 24 de abril de 2018, vía correo electrónico informándole que, luego de una búsqueda exhaustiva del archivo la información no fue encontrada – hecho 9; que en el mes de septiembre de 2018, nuevamente elevó derecho de petición a BANCOLOMBIA, reiterando la solicitud de expedir certificación de salarios devengados por Libardo Barreto, para tal fin aportó la copia de los contratos laborales suscritos por su cónyuge con el banco, así mismo en dicha petición le solicitó a la entidad iniciar todos los trámites administrativos necesarios para liquidar y pagar a COLPENSIONES, el cálculo actuarial correspondiente al tiempo laborado y no cotizado para los riesgos de invalidez, vejez y muerte por Libardo Barreto al ISS – hecho 10; que BANCOLOMBIA, vía correo electrónico de 23 de octubre de 2018, dio respuesta reiterando que hecha una búsqueda en el archivo

muerto del banco, no se encontró información de salarios básicos y demás factores constitutivos de salarios devengado por el señor Libardo Barreto – hecho 11; que con relación a la petición de liquidar y pagar a COLPENSIONES, el cálculo actuarial por los periodos no laborados y no cotizados para pensión negaron la misma por improcedente, en razón a que la cobertura del ISS para los riesgos de I.V.M, inició en las principales ciudades del país a partir del 1 de enero de 1967 y posteriormente se fue extendiendo en forma gradual a las demás poblaciones y por lo tanto, en aquellos sitios donde no existía cobertura por parte del ISS, tampoco existía obligación legal para los empleadores de realizar aportes a la seguridad social, aclarándole que la cobertura para la ciudad de Ibagué, inició el 15 de abril de 1968, fecha en la que fue afiliado Libardo Barreto, haciendo el banco los correspondientes aportes durante el tiempo que prestó sus servicios en esta ciudad – hecho 12; que aunque Libardo Barreto, trabajó al servicio de BANCOLOMBIA, durante 15 años y 7 meses, éste no lo tuvo afiliado al ISS, durante todo el tiempo laborado y, en consecuencia, el banco como entidad empleadora, asumió la carga de hacer las provisiones económicas necesarias para el pago de los aportes a pensión al ISS, de los tiempos laborados y no cotizados – hecho 13; que BANCO DE COLOMBIA hoy BANCOLOMBIA, durante el tiempo que duró el vínculo laboral afilió a Libardo Barreto al ISS, en dos oportunidades, una primera afiliación con fecha de ingreso el 15 de abril de 1968 hasta el 2 de octubre de 1972, fecha en que se reportó al ISS novedad de retiro, para un total de 233 semanas, afiliación que se hizo bajo el número patronal 11016200012 Seccional Tolima y el carne 110000646, una segunda afiliación con fecha de ingreso el 1 de enero de 1982 y hasta el 31 de mayo de 1983, fecha en la que la entidad empleadora reportó la novedad del retiro alcanzado a 73 semanas, afiliación que se hizo bajo el número patronal 01006200073, seccional Cundinamarca y número de carnet 012152527 – hecho 14; que en calidad de cónyuge de Libardo Barreto, en el año 1983 presentó ante el ISS solicitud para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, petición que fue negada mediante la resolución 011 de 1983, por cuanto Libardo Barreto, en calidad de asegurado no cotizó la densidad de semanas exigidas para el reconocimiento del derecho pensional, interpuestos los recursos de reposición y apelación el ISS, mediante las resoluciones 1376 del 4 de octubre de 1983 y 01240 del 22 de octubre de 1984, confirmó la decisión – hecho 15; que el 26 de junio de 2003, nuevamente reclamó al ISS, la pensión de sobrevivientes, negándose su petición mediante la resolución 031 de 22 de enero de 2004, en razón a que Libardo Barreto, no cotizó el número de semanas exigidas por el reglamento general del ISS, obligatorio de IVM vigente para la época, decisión que fue confirmada por la resolución 00559 de 10 de julio de 2004 – hecho 16; que el no pago de los aportes al ISS, por parte de la entidad bancaria, correspondiente a los tiempos efectivamente laborados por Libardo, hizo surgir para la empleadora la obligación de hacer los provisionamientos necesarios para el pago del cálculo actuarial por los tiempos laborados y no cotizados al ISS – hecho 17. (111-123)

La demanda fue presentada el 7 de febrero de 2019 (106), luego de subsanados los defectos advertidos por auto del 5 de julio de 2019, se admitió la demanda (130), decisión notificada a COLPENSIONES, mediante el aviso de que trata el parágrafo del artículo 41 del CPTSS, el 16 de julio 2019 (131), y mediante auto del 15 de noviembre de 2019, se tuvo por notificado por conducta concluyente a BANCOLOMBIA. (194)

COLPENSIONES en su respuesta a la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra de reconocer en favor de la demandante la pensión de sobrevivientes por sustitución pensional y la indexación, toda vez que Libardo Barreto, no alcanzó a cotizar las semanas suficientes para que se estructurara el derecho, esto es, la cobertura del seguro y el fallecimiento. Admite por cierto que: el contrato de trabajo terminó entre las partes, porque Libardo Barreto, falleció el 14 de junio de 1983 – hecho 2; que el 23 de octubre de 1971, contrajo matrimonio católico con Libardo Barreto, con quien convivió hasta el día de su fallecimiento, dependiente económicamente del causante – hecho 3; que Libardo Barreto, nació el 7 de enero de 1947 y de no haber fallecido, el 7 de enero de 2008 habría cumplido 60 años de edad – hecho 5; que Libardo Barreto, trabajó para BANCO DE COLOMBIA hoy BANCOLOMBIA del 2 de octubre de 1972 hasta el 14 de junio de 1983, día de su muerte en la sucursal del municipio de Venadillo – hecho 6; que durante la vigencia del contrato laboral, Libardo Barreto, ocupó los cargos de auxiliar de oficina “A” maquinista nocturno, auxiliar de oficina “A” auxiliar de cartera, auxiliar de oficina “A” auxiliar de remesa, y al momento de su fallecimiento se desempeñaba como revisor – hecho 7; que BANCO DE COLOMBIA, le pagaba a Libardo Barreto, su salario y beneficios laborales bajo el código de empelado 08498 y de acuerdo con la cláusula segunda del contrato de trabajo y sus modificaciones, la entidad bancaria le canceló como asignación salarial mensual las siguientes sumas de dinero: en la cláusula segunda del contrato de fecha 15 de noviembre de 1968, se pactó como asignación salarial la suma de \$811, en la cláusula segunda del contrato de fecha 15 de noviembre de 1969, se pactó como asignación salarial \$931, en la cláusula segunda del contrato del mes de febrero de 1970, se pactó como asignación salarial la suma de \$1.000, en la modificación del contrato de trabajo con efectos a partir del 16 de noviembre de 1970, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar la suma de \$1.230, en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 16 de noviembre de 1971, se incorporó la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar la suma de \$1.515, en la modificación al contrato de trabajo, se incorporó que la entidad bancaria y con motivo del traslado de la ciudad de Ibagué al Municipio de Venadillo, le reconoció y pago la suma de \$150 a título de subsidio de clima, en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 16 de julio de 1973, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma

de \$2.006, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de abril de 1974, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma de \$2.200, en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1975, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma de \$3.540, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1976, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar la suma de \$4.290, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1978, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma de \$6.863, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de septiembre de 1979, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma mensual de \$10.000, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1980, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma mensual de \$14.200, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1981, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma mensual de \$17.800, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1982, se incorporó a la cláusula segunda del contrato de trabajo que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma mensual de \$22.300 – hecho 8; que el 11 de abril de 2018, elevó derecho de petición a BANCOLOMBIA, con el fin de que la entidad bancaria le certificara el valor de los salarios devengados por el señor Libardo Barreto, desde el 13 de noviembre de 1967 hasta el 14 de junio de 1983, certificación que debía comprender todos los factores salariales – hecho 9; que en el mes de septiembre de 2018, nuevamente elevó derecho de petición a BANCOLOMBIA, reiterando la solicitud de expedir certificación de salarios devengados por el señor Libardo Barreto, para tal fin aportó la copia de los contrato laborales suscritos por su cónyuge con el banco, así mismo en dicha petición le solicitó a la entidad iniciar todos los trámites administrativos necesarios para liquidar y pagar a COLPENSIONES, el cálculo actuarial correspondiente al tiempo laborado y no cotizado para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por el señor Libardo Barreto al ISS – hecho 10; que con relación a la petición de liquidar y pagar a COLPENSIONES, el cálculo actuarial por los periodos no laborados y no cotizados para pensión negaron la misma por improcedente, en razón a que la cobertura del ISS para los riesgos de I.V.M, inició en las principales ciudades del país a partir del 1 de enero de 1967 y posteriormente se fue extendiendo en forma gradual a las demás poblaciones y por lo tanto, en aquellos sitios donde no existía cobertura por parte del ISS, tampoco existía obligación legal para los empleadores de realizar aportes a la seguridad social, aclarándole que la cobertura para la ciudad de Ibagué, inició el 15 de abril de 1968, fecha en la que fue afiliado Libardo Barreto,

haciendo el banco los correspondiente aportes durante el tiempo que prestó sus servicios en esta ciudad – hecho 12; que BANCO DE COLOMBIA hoy BANCOLOMBIA, durante el tiempo que duró el vínculo laboral afilió a Libardo Barreto al ISS, en dos oportunidades, una primera afiliación con fecha de ingreso el 15 de abril de 1968 hasta el 2 de octubre de 1972, fecha en que se reportó al ISS novedad de retiro, para un total de 233 semanas, afiliación que se hizo bajo el número patronal 11016200012 Seccional Tolima y el carne 110000646, una segunda afiliación con fecha de ingreso el 1 de enero de 1982 y hasta el 31 de mayo de 1983, fecha en la que la entidad empleadora reportó la novedad del retiro alcanzado a 73 semanas, afiliación que se hizo bajo el número patronal 01006200073, seccional Cundinamarca y número de carnet 012152527 – hecho 14; que en calidad de cónyuge de Libardo Barreto, en el año 1983 presentó ante el ISS solicitud para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, petición que fue negada mediante la resolución 011 de 1983, por cuanto Libardo Barreto, en calidad de asegurado no cotizó la densidad de semanas exigidas para el reconocimiento del derecho pensional, interpuestos los recursos de reposición y apelación el ISS, mediante las resoluciones 1376 del 4 de octubre de 1983 y 01240 del 22 de octubre de 1984, confirmó la decisión – hecho 15; que el 26 de junio de 2003, nuevamente reclamó al ISS, la pensión de sobrevivientes, negándose su petición mediante la resolución 031 de 22 de enero de 2004, en razón a que Libardo Barreto, no cotizó el número de semanas exigidas por el reglamento general del ISS, obligatorio de IVM vigente para la época, decisión que fue confirmada por la resolución 00559 de 10 de julio de 2004 – hecho 16. Los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de fondo que denominó: inexistencia de la obligación y prescripción. (143-152)

BANCOLOMBIA al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en contra de tal entidad, por no tener la obligación de efectuar los aportes que se reclaman, dado que la reserva actuarial que eventualmente pueda surgir de la aplicación de normas tales como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 1887 de 1994 y 1748 de 1995, no son aplicables en este caso, ya que las mismas están orientadas a cubrimiento del riesgo de vejez y su aplicación se torna improcedente, pues para efectuar el cálculo de la reserva actuarial en cuestión, solamente es viable cuando el contrato de trabajo hubiera estado vigente a 23 de diciembre de 1993, o se hubiera iniciado con posterioridad a dicha fecha, situación que no aconteció, dado que el causante falleció el 14 de junio de 1983. Admite por cierto que: Libardo laboró para BANCO DE COLOMBIA hoy BANCOLOMBIA de manera ininterrumpida desde el 13 de noviembre de 1967 y hasta el 14 de junio de 1983 – hecho 1; que el contrato de trabajo terminó entre las partes, porque Libardo Barreto falleció el 14 de junio de 1983 – hecho 2; que el 23 de octubre de 1971, contrajo matrimonio católico con Libardo Barreto– hecho 3; que Libardo Barreto, nació el 7 de enero de 1947 y de no haber fallecido, el 7 de enero de 2008 habría cumplido 60 años de edad – hecho 5; que Libardo Barreto,

trabajó para BANCO DE COLOMBIA hoy BANCOLOMBIA del 13 de noviembre de 1967 al 1 de octubre de 1972, en la sucursal de Ibagué, del 2 de octubre de 1972 hasta el 14 de junio de 1983, día de su muerte en la sucursal del municipio de Venadillo – hecho 6; que durante la vigencia del contrato laboral, Libardo Barreto ocupó los cargos de auxiliar de oficina “A” maquinista nocturno, auxiliar de oficina “A” auxiliar de cartera, auxiliar de oficina “A” auxiliar de remesa, y al momento de su fallecimiento se desempeñaba como revisor – hecho 7; que BANCO DE COLOMBIA, le pagaba a Libardo Barreto, su salario y beneficios laborales bajo el código de empleado 08498 y de acuerdo con la cláusula segunda del contrato de trabajo y sus modificaciones, la entidad bancaria le canceló como asignación salarial mensual las siguientes sumas de dinero: en la cláusula segunda del contrato de fecha 15 de noviembre de 1968, se pactó como asignación salarial la suma de \$811, en la cláusula segunda del contrato de fecha 15 de noviembre de 1969, se pactó como asignación salarial \$931, en la cláusula segunda del contrato del mes de febrero de 1970, se pactó como asignación salarial la suma de \$1.000, en la modificación del contrato de trabajo con efectos a partir del 16 de noviembre de 1970, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar la suma de \$1.230, en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 16 de noviembre de 1971, se incorporó la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar la suma de \$1.515, en la modificación al contrato de trabajo, se incorporó que la entidad bancaria y con motivo del traslado de la ciudad de Ibagué al Municipio de Venadillo, le reconoció y pago la suma de \$150 a título de subsidio de clima, en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 16 de julio de 1973, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma de \$2.006, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de abril de 1974, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma de \$2.200, en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1975, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma de \$3.540, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1976, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar la suma de \$4.290, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1978, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma de \$6.863, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de septiembre de 1979, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma mensual de \$10.000, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1980, se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma mensual de \$14.200, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1981,

se incorporó a la cláusula segunda del contrato que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma mensual de \$17.800, que en la modificación al contrato de trabajo con efectos a partir del 1 de noviembre de 1982, se incorporó a la cláusula segunda del contrato de trabajo que la entidad bancaria se obligaba a pagar al trabajador la suma mensual de \$22.300 – hecho 8; que el 11 de abril de 2018, elevó derecho de petición a BANCOLOMBIA, con el fin de que la entidad bancaria le certificara el valor de los salarios devengados por Libardo Barreto, desde el 13 de noviembre de 1967 hasta el 14 de junio de 1983, certificación que debía comprender todos los factores salariales, petición que fue contestada el 24 de abril de 2018, vía correo electrónico informándole que, luego de una búsqueda exhaustiva del archivo la información no fue encontrada – hecho 9; que en el mes de septiembre de 2018, nuevamente elevó derecho de petición a BANCOLOMBIA, reiterando la solicitud de expedir certificación de salarios devengados por el señor Libardo Barreto – hecho 10; que BANCOLOMBIA, vía correo electrónico de fecha 23 de octubre de 2018, dio respuesta reiterando que hecha una búsqueda en el archivo muerto del banco, no se encontró información de salarios básicos y demás factores constitutivos de salarios devengado por el señor Libardo Barreto – hecho 11; que con relación a la petición de liquidar y pagar a COLPENSIONES, el cálculo actuarial por los periodos no laborados y no cotizados para pensión negaron la misma por improcedente, en razón a que la cobertura del ISS para los riesgos de I.V.M, inició en las principales ciudades del país a partir del 1 de enero de 1967 y posteriormente se fue extendiendo en forma gradual a las demás poblaciones y por lo tanto, en aquellos sitios donde no existía cobertura por parte del ISS, tampoco existía obligación legal para los empleadores de realizar aportes a la seguridad social, aclarándole que la cobertura para la ciudad de Ibagué, inició el 15 de abril de 1968, fecha en la que fue afiliado el señor Libardo Barreto, haciendo el banco los correspondiente aportes durante el tiempo que prestó sus servicios en esta ciudad – hecho 12; que BANCO DE COLOMBIA hoy BANCOLOMBIA, durante el tiempo que duró el vínculo laboral afilió a Libardo Barreto al ISS, en dos oportunidades, una primera afiliación con fecha de ingreso el 15 de abril de 1968 hasta el 2 de octubre de 1972, fecha en que se reportó al ISS novedad de retiro, para un total de 233 semanas, afiliación que se hizo bajo el número patronal 11016200012 Seccional Tolima y el carne 110000646, una segunda afiliación con fecha de ingreso el 1 de enero de 1982 y hasta el 31 de mayo de 1983, fecha en la que la entidad empleadora reportó la novedad del retiro alcanzado a 73 semanas, afiliación que se hizo bajo el número patronal 01006200073, seccional Cundinamarca y número de carnet 012152527 – hecho 14; que en calidad de cónyuge de Libardo Barreto, en el año 1983 presentó ante el ISS solicitud para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, petición que fue negada mediante la resolución 011 de 1983, por cuanto Libardo Barreto, en calidad de asegurado no cotizó la densidad de semanas exigidas para el reconocimiento del derecho pensional, interpuestos los recursos de reposición y apelación el ISS, mediante

las resoluciones 1376 del 4 de octubre de 1983 y 01240 del 22 de octubre de 1984, confirmó la decisión – hecho 15; que el 26 de junio de 2003, nuevamente reclamó al ISS, la pensión de sobrevivientes, negándose su petición mediante la resolución 031 de 22 de enero de 2004, en razón a que Libardo Barreto, no cotizó el número de semanas exigidas por el reglamento general del ISS, obligatorio de IVM vigente para la época, decisión que fue confirmada por la resolución 00559 de 10 de julio de 2004 – hecho 16. Los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de fondo, que denominó: falta de causa para pedir, improcedencia del cálculo actuarial, carencia absoluta de causa o inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago total de las obligaciones surgidas de la vinculación laboral de las partes, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, prescripción y la innominada. (195-209)

La parte demandada reformó la demanda para adicionar la petición de pruebas para agregar solicitud de testimonios (231-232)

Por auto del 17 de enero del 2020 se tuvo por contestada la demanda y se admitió la reforma a la demanda y dispone su traslado (234)

BANCOLOMBIA y COLPENSIONES al contestar sobre la reforma de la demanda no se opusieron al medio de prueba solicitado (235-237)

Mediante auto del 28 de enero de 2020, se tuvo por contestada la reforma de la demanda por COLPENSIONES y BANCOLOMBIA y se citó a las partes a la audiencia de que tratan los artículos 77 y 80 del CPTSS. (239)

El 5 de octubre de 2020, se surtió la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTS, en la cual se declaró fracasada la conciliación; no había excepciones previas por resolver ni medidas de saneamiento que adoptar, se fijó el litigio, a petición de la parte demandante se decretaron como pruebas las documentales aportadas con la demanda y los testimonios de Norby Corrales de Rodríguez, Jairo Echeverry Zuleta, Martha Carvajal Toro, Jairo Cardozo y Héctor Delgado Medina; a petición de COLPENSIONES, las documentales aportadas con la contestación de la demanda y el interrogatorio de parte de la demandante, a petición de BANCOLOMBIA las documentales aportadas con la contestación de la demanda y de oficio se decretó que COLPENSIONES, aportara la historia laboral actualizada y la tradicional, y se señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia de que trata el artículo 80 del CPTSS. (pdf.05)

COLPENSIONES allegó respuesta a lo peticionado. (pdf.11-12)

El 20 de abril de 2021, se constituyó la audiencia de trámite y juzgamiento en la cual se

practican el interrogatorio de parte de la demandante y los testimonios, se cierra el debate probatorio, se corre traslado a las partes para sus alegaciones y se emitió sentencia. (pdf.13)

2. La decisión.

El a quo decidió:

PRIMERO: DECLARAR que entre BANCO DE COLOMBIA hoy BANCOLOMBIA S.A., en calidad de empleadora y LIBARDO BARRETO, como trabajador, existió contrato de trabajo entre el lapso comprendido del 13 de noviembre de 1967 al 14 de junio de 1983.

SEGUNDO: CONDENAR a BANCOLOMBIA S.A., a pagar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, inmediatamente a la comunicación realizada por esa entidad en cuanto al valor a cancelar, el cálculo actuarial correspondiente por los aportes dejados de cotizar al sistema general de seguridad social en pensiones, en beneficio de LIBARDO BARRETO, por los periodos comprendidos entre el 13 de noviembre de 1967 al 14 de abril de 1968, del 3 de octubre de 1972 al 31 de diciembre de 1981 y del 1 de junio de 1983 al 14 de junio de 1983, con base en los salarios devengados por aquél señalados en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar a MYRIAM CORRALES DE BARRETO, mayor de edad, vecina de Ibagué, identificada con C.C. 28795708, la pensión de sobrevivientes, de manera vitalicia, a partir del 14 de junio de 1983.

El monto de las mesadas comprendidas entre el mes de febrero de 2016 y el mes de marzo de 2021 equivale a \$72.621.938,15, debiendo ser indexadas dichas mesadas una a una desde que se hicieron exigibles hasta que se efectivice su pago.

A partir del mes de abril de 2021, la pensión será equivalente a \$1.098.199,83 y de allí en adelante con los reajustes anuales de rigor, por 14 mesadas pensionales.

El sujeto pasivo de las pretensiones se encuentra habilitado para deducir el porcentaje correspondiente con destino al sistema de seguridad social en salud.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de BANCOLOMBIA S.A. y COLPENSIONES, salvo la de prescripción alegada por esta última, que prospera de manera parcial.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada BANCOLOMBIA S.A., fijándose como agencias en derecho el equivalente al 6% de la cuantía de las pretensiones señaladas en la demanda, esto es, \$993.739, 2. No condenar en costas a

COLPENSIONES.

SEXTO: CONSULTESE la sentencia ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Funda su decisión en que el problema jurídico a resolver es determinar si BANCOLOMBIA estaba o no obligado a pagar el cálculo actuarial por los lapsos de tiempo en que dejó de afiliar al trabajador Libardo Barreto, en razón a la falta de cobertura del ISS, y determinar si la demandante tiene o no derecho a que COLPENSIONES, le reconozca la pensión de sobreviviente a partir del 14 de junio de 1983 o subsidiariamente a partir del 7 de enero de 2008. La tesis es que BANCOLOMBIA está obligada a pagar el cálculo actuarial y la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del afiliado con la apropiación del cálculo actuarial ordenado a BANCOLOMBIA, a partir del 14 de junio de 1983, pero el pago de mesadas pensionales está sujeto a la prescripción.

No existe duda de la existencia del contrato de trabajo del 13 de noviembre de 1967 al 14 de junio de 1983 ya que BANCOLOMBIA al contestar la demanda lo aceptó y dicho hecho fue declarado probado en la etapa de fijación del litigio, por lo que el asunto se concreta en determinar sobre aquellos periodos que se afirma por la parte demandante no fueron cotizados por el empleador, por la falta de cobertura en el Municipio de Venadillo donde el demandante prestó sus servicios. Dichos periodos fueron laborados, pero no cotizados por el empleador, por lo que hay lugar a ordenar el pago del cálculo actuarial entre el 13 de noviembre de 1967 al 14 de abril de 1968, 3 de octubre de 1972 al 31 de diciembre de 1981 y del 1 de junio al 14 de junio de 1983.

La jurisprudencia laboral en el año 2009 varió la postura frente al no pago de aportes en los tiempos y territorio donde no había cobertura del ISS, en orden a sostener que conforme al deber de aprovisionamiento que tenían los empleador antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, tenían que computarse los valores no cotizados al ISS, a través del respectivo cálculo actuarial -CSJ SL 32922 de 2009, 35692 de 2012, SL17300-2014 y SL3892-2016, donde explica que con relación a los tiempos de servicios prestados al empleador que no estaba obligado a afiliar a sus trabajadores al ISS, en atención a la falta de cobertura en los lugares de prestación del servicio, si bien no había omisión del empleador el mismo estaba obligado a reconocer el cálculo actuarial, en atención a lo dispuesto en el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, reiterado en el literal c) del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, toda vez que el empleador tenía a su cargo la pensión de jubilación mientras no hubo afiliación, y tal situación aplica ya fuera que el contrato hubiera o no permanecido vigente hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Entre los fundamentos normativos para arribar a tal conclusión se encuentra la ley 6 de

1945, que impuso en sus artículos 14 y 17, la obligación a los empleadores y a las entidades públicas del orden nacional, de reconocer el pago de la pensión de jubilación de los trabajadores que cumplieran 20 años de servicios y 50 años de edad, y que las prestaciones estarían a cargo de los empleadores privados hasta tanto se creara el ISS, hasta tanto los subrogara en tal obligación, y como fue en forma progresiva, los empleadores tenían el deber de realizar el aprovisionamiento necesario para el pago de tales pensiones, artículo 76 de la Ley 90 de 1946, artículo 260 del CST, y el literal c) parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 reiterado en el literal c) del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que establece que debe computarse para acceder al derecho pensional el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, sin importar si la relación estaba o no vigente a la vigencia de la Ley 100 de 1993 – CSJ SL2138-2016.

En los tiempos laborados por el causante en los periodos en los cuales el ISS, no tenía cobertura en el Municipio de Venadillo, del 13 de noviembre de 1967 al 14 de abril de 1968, del 3 de octubre de 1972 al 31 de diciembre de 1981 y del 1 de junio al 14 de junio de 1983, corresponde a BANCOLOMBIA trasladar, con base en el correspondiente cálculo actuarial que realice COLPENSIONES, las sumas correspondientes a los periodos antes señalados, toda vez que, con la historia laboral esos son los periodos que carecen de aportes. De acuerdo con lo anterior, se debe hacer el cálculo actuarial con el fin de que ese tiempo laborado sea tenido en cuenta en el cómputo de semanas cotizadas al demandante, pago que se haría con base en los salarios aceptados por la demandada durante dichos lapsos, dicho cálculo actuarial se debe realizar de acuerdo con lo señalado en el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, debe el empleador pagar en su totalidad el aporte.

No se desconoce que la jurisprudencia laboral ha aludido que la convalidación de tiempos se debe realizar antes de que la contingencia se presente, en este caso la muerte del causante ocurrió en junio de 1983, y en tratándose de la prestación de sobrevivientes respecto del causante a quienes no se le pagaron los aportes por falta de obligación del empleador por ausencia de cobertura del ISS, la misma jurisprudencia ha considerado posible ordenar el pago actuarial y ordenar el pago de la pensión de sobrevivientes – CSJ SL410-2018 y SL3674-2019, en las cuales ordenó a los empleadores respectivo pagar el cálculo actuarial y el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. Los salarios que se deben tener en cuenta son los señalados en el hecho 7 de la demanda, los cuales fueron aceptados en la contestación de la demanda.

Para la pensión de sobreviviente la normatividad a aplicar es la vigente al momento del deceso, esto es, el 14 de junio de 1983, es decir el decreto 3041 de 1966 en su artículo 5 en concordancia con los artículos 20 y 21 de la misma normatividad, entonces se requiere que el afiliado al momento de su muerte, tenga acreditadas 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores y que 75 semanas estuvieran cotizadas en los 3 últimos años, y para contabilizar esa densidad de semanas se tiene en cuenta los tiempos sobre los que se ordenó el pago del cálculo actuarial junto con los que reporta la historia laboral, de donde se concluye que el causante a su deceso superaba las semanas de cotización de 150 en los 6 últimos años, pues contaba con 315 semanas de las cuales 158 fueron cotizadas en los 3 últimos años, por lo que la pensión se causa a partir del 14 de junio de 1983.

Respecto a la condición de beneficiaria de la demandante, la calidad de cónyuge supérstite se prueba con el registro civil de matrimonio católico celebrado el 23 de septiembre de 1971, el requisito de convivencia no se establece de la lectura de las normas como viuda del causante, pero de acuerdo con jurisprudencia sobre el tema los medios de prueba testimonial dan cuenta de la permanencia del vínculo y la condición de convivencia entre el causante y la demandante, desde 1972 en adelante hasta el momento de la muerte y por ende es beneficiaria del derecho reclamado.

Para el monto de la pensión se acude a lo dispuesto en los artículos 15 y 21 del Decreto 3041 de 1966, según los cuales la pensión del conyugue sobreviviente es igual al 50%, por manera que, para su cálculo era el 45% del salario base y 1.2% por cada 50 semanas superiores a las 500 semanas. Realizadas las operaciones sobre la base de los salarios del hecho 7 de la demanda frente a los del pago del cálculo actuarial, y como el causante cotizó 813 semanas, se obtiene un valor de \$27.892,96, al aplicarle la tasa de remplazo del 52,2%, el valor de la primera mesada pensional es de \$14.560,13 a favor de la parte demandante.

La jurisprudencia laboral - CSJ SL rad. 37169 de 2014, al dirimir un caso gobernado por el acuerdo 244 de 1966, dice que el artículo 21 en relación con el monto del 50% fue modificado por la Ley 33 de 1973 y la Ley 12 de 1975, y por tanto no era el 50% de la pensión, sino que tenía derecho al 100% del valor que le había correspondido al causante si hubiera cumplido los requisitos para pensionarse, por lo cual así se reconocerá.

Antes del determinar el retroactivo pensional, es necesario resolver la prescripción, la que de acuerdo con el artículo 151 del CPTSS, la parte demandante tiene 3 años para reclamar la pensión, de manera que en el caso se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 7 de febrero de 2016, actualizado el valor de las mesadas

pensionales, para el 2016 el valor de la mesada era de \$916,774,78; para 2017 \$969.489,33, para 2018 \$1.009.141,45; para 2019 \$1.041.232,14, para 2020 \$1.080.798,97, para 2021 \$1.098.199,83, en total son \$72.621.938,15, el valor total de las mesadas pensionales, cuyo pago debe ser indexado.

Sobre el pago de los cálculos actuariales no opera la prescripción.

3. La impugnación.

La apoderada judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación en cuanto al monto o salario base de liquidación teniendo en cuenta, que si bien es cierto en el hecho 7 de la demanda se hizo referencia al vinculo contractual del causante y el valor de los salarios acordados entre el empleador y el trabajador, para determinar el IBL, no se tuvo en cuenta que en esas modificaciones del contrato específicamente el 1 de noviembre de 1982, y 1 de noviembre de 1981 estaban reportados salarios para 1981 de \$17800 y para 1 de noviembre de 1982 de \$22.300, conforme al reporte de semanas cotizadas por el ISS, se observa que el empleador reportó para 1982 y 1983 una base salarial superior a los salarios fijos y los indicados en las modificaciones del contrato, en los aportes para el 1992 se cotizó con un salario de \$20.766, para noviembre \$25.233, para diciembre de \$69.873, para 1983 \$26.016, para el 1 de enero de 1983 \$26.016, para el año 1983 febrero \$25.273, para mes de marzo de 1983 \$26.016, para el 31 de marzo de 1983 \$26.016, para abril de 1983 se reportó al ISS \$23.783, para mayo de \$14.123, lo que significa que el valor para el monto de la pensión era superior al señalado por el a quo, por cuanto serian salarios variables, situación que como bien se acreditó en el proceso no fue posible acreditar los valores superiores al salario, debido a BANCOLOMBIA en el derecho de petición informó que no era posible por cuanto no habían encontrado la documentación donde pudiera certificar, pero igualmente en los contratos allegados se pudo acreditar que aparte del salario básico el causante tenía unos subsidios como era del clima, y unas bonificaciones que se veían reflejadas en el reporte de salarios cubierto al ISS, y que corresponden a primas extralegales que deben ser tenidas en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión.

La apoderada judicial de BANCOLOMBIA interpuso recurso de apelación para que se revoquen las decisiones proferidas en su contra, específicamente los puntos segundo, cuarto y quinto de la parte resolutive de la sentencia, en los cuales se condenó al pago del cálculo actuarial por los lapsos no cotizados y las costas procesales porque para la imposición del cálculo actuarial es necesario anotar que la metodología para calcular la reserva actuarial con la que se realiza la convalidación, contabilización y computo de las semanas para obtener la pensión de jubilación era la establecida en el literal e) de

parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la excepción prevista en el literal c) del mismo parágrafo, por tanto, no hay lugar a imponer el pago del cálculo actuarial por cuanto conforme a lo acreditado documentalmente el vínculo laboral de Libardo Barreto expiró el 14 de junio de 1983, fecha del fallecimiento, sin dejar de lado la obligatoria aplicación del decreto 1887 de 1994 y 1748 de 1995 modificados por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que regula la metodología del cálculo actuarial que deberá trasladar al ISS los empleadores del sector privado que con anterioridad a la vigencia al sistema general de pensiones tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccione el RPM, y cuyo contrato de trabajo estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiera iniciado con posterioridad a dicha fecha de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, lo que no sucede en el presente caso.

BANCOLOMBIA no está obligada en realizar los aportes al ISS para cubrir los riesgos de I.V.M, durante los periodos comprendidos entre el 13 de noviembre de 1967 al 14 de abril de 1968, 3 de octubre de 1972 al 31 de diciembre de 1981 y del 1 de junio al 14 de junio de 1983, en atención a que la cobertura del ISS para tales riesgos inició en las principales ciudades del país a partir del 1 de enero de 1967 y posteriormente se fue extendiendo de forma paulatina al resto de población, razón por la que en los sitios donde no existió cobertura tampoco existía obligación legal a cargo de los empleadores de efectuar aportes, amén de que nadie estaba obligado a lo imposible, en tal sentido para el momento en que el causante se vinculó laboralmente fue afiliado al ISS, sin embargo al trasladarse el trabajador al Municipio de Venadillo, allí no existía la obligación legal de realizar aportes para cubrir los riesgos de vejez, en razón a que en dicho Municipio no existía cobertura por parte del ISS, ello dado que la Ley 90 de 1946, por medio de la cual se creó el ISS, dispuso que dicha entidad sustituiría al empleador frente a la obligación pensional pero dejó claro que se haría en forma gradual y progresiva a nivel Nacional, así mismo los artículos 60 y 61 del acuerdo 224 de 1966, ordenó que mientras se aplica la cobertura gradual seguían vigentes las obligaciones previstas en los artículos 259 y 260 del CST, y tales disposiciones fueron remplazadas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y modificadas por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, tema sobre el que la Corte Constitucional ha dejado sentada su posición a través de la sentencia T – 719 y 890 de 2011, y T-20 y T-205 de 2012, bajo dicho derrotero concluye que el empleador solo se encontraba obligado a realizar aportes para los riesgos de I.V.M, a partir de la fecha en que afiliara al trabajador a dichos riesgos o a partir de la fecha que empezará la cobertura por el ISS en el lugar de prestación de los servicios, otro tanto dice la jurisprudencia laboral – CSJ, entre otras: SL del 18 de abril de 1996 rad.8453, SL del 12 de diciembre de 1996 rad.9216, y febrero 24 de 1998 rad.10339 y SL rad.39914.

En el presente caso no procede el pago del cálculo actuarial por cuanto ya se configuró el siniestro de la muerte del cotizante y de acuerdo con la normatividad vigente para la convalidación de tiempos por medio del cálculo actuarial solo se aplica para el riesgo de vejez, por lo anterior dado que el causante falleció el 14 de junio 1983, es decir, antes de la presente reclamación no procede que la demandante pretenda el pago de las semanas de cotización mediante el título pensional objeto de la litis, máxime cuando lo reclamado es un título pensional, esto es, un cálculo actuarial que convalide tiempos de servicios no cotizados, cuyo procedimiento no se realizó en su integridad antes que se produjera el siniestro, entonces si se admitiera la posibilidad planteada por la demandante, es decir, que se le conceda la pensión de sobreviviente amparada en aportes efectuados después de haberse causado el riesgo, esto es, la muerte de Libardo Barreto, el sistema de pensiones tiene que financiar pensiones bajo el pago de escasos recursos por tiempos indeterminados de servicios – CSJ, entre otras: SL20499 de 2013, SL20888 de 2003 y SL 903-2018, según las cuales la subrogación del riesgo pensional por la vía de convalidación de tiempos de servicios no cotizados a través del cálculo actuarial solo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad antes de que se produzca el riesgo que le da origen a la prestación.

En resumen, no se puede en estos momentos pretender el pago de un título pensional como el que se ordena dado que el riesgo, que es la muerte de Libardo Barreto, ya se causó.

Por último, la finalidad de la pensión de sobrevivientes es suplir la ausencia repentina del apoyo económico del afiliado al grupo familiar y por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación, razón por la que en mi respetuoso sentir por sustracción de materia no hay lugar a reconocer la pensión de sobrevivientes ordenadas por el a quo, pues las circunstancias que sustentan la finalidad de dicha prestación están superadas por la demandante como se desprende de su interrogatorio de parte, por tanto, solicita se revoque la sentencia, se declaren probadas las excepciones que a título de falta de causa para pedir, improcedencia de cálculo actuarial, carencia absoluta de causa o inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago total de las obligaciones surgidas de la vinculación laboral, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y prescripción se interpusieron.

La apoderada judicial de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación porque el presente caso se debe estudiar conforme a la ley 100 de 1993, específicamente los artículos 46 y 47, bajo tal entendido se debe probar que se estableció entre el causante y la demandante los elementos de cohabitación, singularidad y permanencia – CSJ SL1399 de 2018 rad.45779, la convivencia real y efectiva, entraña una comunidad de

vida estable, que debía de ser permanente donde exista una mutua comprensión y se excluyen entonces los encuentros causales, pasajeros, esporádicos, e incluso las relaciones que a pesar de ser prolongadas no engendraban las condiciones necesarias de una comunidad de vida, en tal sentido, no se demostró dentro del presente asunto que entre el causante y la demandante, convivieron juntos dentro de los 5 años anteriores a la fecha de fallecimiento del causante, ya que éste último viajaba frecuentemente a otro Municipio, adicionalmente, la función principal de la pensión de sobrevivientes es brindar un apoyo económico a su familia para que sus condiciones socioeconómicas no se vieran afectadas, lo cual no se cumple en el presente caso, ya que la demandante en su interrogatorio de parte señaló que había tenido buenos ingresos económicos y éxito en sus negocios, lo que advierte que no se cumple con la finalidad de la prestación pensional, pues no se evidencia una carencia efectiva causada por la muerte de Libardo Barreto, por tanto, se debe revocar la sentencia.

El a quo concede el recurso de apelación y ordena la remisión del expediente.

4. Las alegaciones.

La apoderada judicial de la parte demandante interviene para insistir en la modificación de la mesada pensional porque el salario base de liquidación debe ser el que reporta la historia laboral en los periodos cotizados y en los no cotizados los admitidos establecidos en el hecho 7 de la demanda.

El de BANCOLOMBIA para insistir en que se revoque la sentencia, porque no se cumple lo exigido en el literal e) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la excepción prevista también en el literal c) del mismo parágrafo del aludido artículo 33, según el cual el cómputo de semanas se tendrá en cuenta el tiempo de servicio siempre y cuando la vinculación laboral se encuentre vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, que no es el caso porque el causante Libardo Barreto falleció el 14 de junio de 1983 hecho fuente de la terminación de su contrato de trabajo; al aplicar el Decreto 1887 de 1994 y el Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que regula la metodología del cálculo de la reserva actuarial o calculo actuarial, en relación con los trabajadores del RPM y cuyo contrato de trabajo estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiera iniciado con posterioridad a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. La cobertura del ISS para los riesgos de IVM, inició en las principales ciudades del país a partir del 1 de enero de 1967 y posteriormente se fue extendiendo de forma paulatina al resto de poblaciones, razón por la que en los sitios donde no existía cobertura tampoco existía obligación legal a cargo de los empleadores de efectuar aportes, en tal sentido, para el momento en que

Libardo Barreto, se vinculó laboralmente con tal entidad, fue afiliado al ISS, sin embargo, al trasladarse al Municipio de Venadillo, allí no existía la obligación legal de realizar aportes para cubrir los riesgos, puesto que, en ese Municipio no existía cobertura por parte del ISS; la jurisprudencia laboral - CSJ SL20499 de 2003, SL 20888 de 2003 y SL 903 de 2018, detalla que la subrogación del riesgo pensional por la vía de la convalidación de tiempos de servicios no cotizados, a través del cálculo actuarial, solo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad antes de que se produzca el riesgo que le da origen a la prestación, que no es el caso; tampoco en el presente caso se cumple la finalidad de la pensión de sobreviviente, esto es, suplir la ausencia repentina del apoyo económico del afiliado al grupo familiar, atendiendo lo manifestado por la demandante en su interrogatorio de parte.

II. MOTIVACIÓN

1. Los presupuestos procesales.

Esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación y la consulta atendiendo el origen de la decisión y lo dispuesto en los artículos 15 literal B numerales 1 y 3, 66A y 69 del CPTSS. No se advierte la existencia de causa de nulidad o que conduzca a decisión inhibitoria, por tanto, procede decisión de fondo.

2. Sobre el problema a resolver.

Para resolver el recurso de apelación y la consulta, precisa la Sala determinar, en primer lugar, si BANCOLOMBIA en su condición de empleador del causante Libardo Barreto, está obligado a pagar a COLPENSIONES los aportes por el tiempo en el cual éste le prestó sus servicios personales en territorio donde el ISS no tenía cobertura y determinar la procedencia de la prestación de sobrevivientes reclamada.

Para el a quo el empleador demandado debe pagar los aportes a pensión por los periodos del 13 de noviembre de 1967 al 14 de abril de 1968, del 3 de octubre de 1972 al 31 de diciembre de 1981, y del 1 de junio de 1983 al 14 de junio de 1983, que el causante Libardo Barreto, laboró en territorio y época sin cobertura del ISS, pues si bien era cierto que el riesgo del deceso que cubrían tales aportes ya se causó, es admisible el pago del cálculo actuarial por parte del empleador y en tal medida COLPENSIONES está obligada a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente, que determina, a la demandante beneficiaria de la prestación porque acredita su calidad de cónyuge supérstite del causante.

Para la parte demandante el valor de la mesada pensional no es el determinado por el

a quo, sino uno mayor determinado por el ingreso base de cotización que refiere la historia laboral y en los periodos no cotizados los señalados en el hecho séptimo de la demandada.

Para BANCOLOMBIA la respuesta es negativa porque: **1.** No se encuentra obligado a efectuar aportes, por no existir cobertura del ISS en el territorio en el cual el trabajador prestaba sus servicios; **2.** El pago del cálculo actuarial solo procede en aquellos eventos en los cuales la relación laboral está vigente o inicia con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y **3.** La subrogación del riesgo pensional por la vía de convalidación de tiempos de servicios no cotizados a través del cálculo actuarial solo es admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad antes de que se produzca el riesgo que le da origen a la prestación, lo que en el presente caso no ocurre, toda vez que el riesgo ya se presentó, pues el trabajador Libardo Barreto falleció el 14 de junio de 1983. Tampoco se cumple la finalidad de la pensión de sobrevivientes, pues la misma fue concebida para suplir la ausencia repentina del apoyo económico del afiliado al grupo familiar y por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación, pero conforme admite la demandante al momento de rendir interrogatorio de parte con el deceso del causante no sufrió problemas económicos.

Para COLPENSIONES la demandante no es beneficiaria de la prestación que reclama porque el presente caso se debe estudiar conforme a la ley 100 de 1993, específicamente los artículos 46 y 47 y la demandante debió probar que entre el causante y ella existió cohabitación, singularidad y permanencia, lo que no ocurrió, pues no demostró la convivencia dentro de los 5 años anteriores a la fecha de fallecimiento del causante, y tampoco se cumple la función principal de la pensión de sobrevivientes de brindar un apoyo económico a su familia para que sus condiciones socioeconómicas no se afecten, lo cual no se cumplía en el presente caso, ya que la demandante en su interrogatorio de parte señaló que había tenido buenos ingresos económicos y éxitos en sus negocios.

Para la Sala la sentencia no se encuentra acorde con lo probado, la legislación aplicable con el sentido y alcance determinado por la jurisprudencia laboral, por tanto, se revocará y en su lugar se negarán las pretensiones, o desde la perspectiva de las excepciones se hallan demostrados los hechos que soportan las denominadas inexistencia de la obligación que dan al traste con la totalidad de las pretensiones propuestas por la demandante contra las demandadas.

Sobre el pago de aportes en los periodos laborados en territorio sin cobertura ISS.

Está demostrado y no fue discutido en la primera instancia que: **1.** el causante Libardo Barreto, sostuvo una relación de trabajo regida por un contrato de trabajo con BANCOLOMBIA desde el 13 de noviembre de 1967 hasta el 14 de junio de 1983; **2.** que estuvo afiliado ante el ISS, como trabajador dependiente del BANCO DE COLOMBIA hoy BANCOLOMBIA para los riesgos de I.V.M, del 15 de abril de 1968 al 2 de octubre de 1972; del 1 de enero de 1982 al 31 de mayo de 1983, o 306,86 semanas cotizadas según la historia laboral; **3.** que BANCO DE COLOMBIA hoy BANCOLOMBIA no cotizó para el demandante del 13 de noviembre de 1967 al 14 de abril de 1968, del 3 de octubre de 1972 al 31 de diciembre de 1981 y del 1 de junio de 1983 al 14 de junio de 1983, por no existir cobertura en el territorio en el cual el trabajador prestaba sus servicios, y **4.** que el causante Libardo Barreto falleció el 14 de junio de 1983 como reza el registro civil de defunción (60), fecha en la cual no reportaba afiliación por parte de su empleador BANCO DE COLOMBIA hoy BANCOLOMBIA.

Sobre la existencia de la obligación del empleador de provisionar los fondos necesarios para el pago de los aportes a seguridad social causados en vigencia de la relación de trabajo en época y territorio sin cobertura del ISS, para la jurisprudencia laboral – CSJ, en entre otras: SL9856-2014, SL14388-2015, SL1358-2018, SL197-2019 y SL802-2022¹, en términos generales, el empleador que no afilie a su trabajador al sistema de

¹ El Tribunal fundamentó su decisión en que conforme el precedente de la Corte Suprema de Justicia la no cobertura de la entidad de seguridad social en el territorio en el que el trabajador desempeñaba sus labores, no significa que se puedan desconocer al trabajador dichos períodos, puesto que, con anterioridad a la subrogación de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, era el empleador quien tenía a su cargo la cobertura de dichas contingencias. En consecuencia, la obligación del empleador con el trabajador no finaliza.

La censura por su parte radica su inconformidad en dos argumentos: 1) en que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y en consideración al precedente de la Sala de Casación Laboral, no existe incumplimiento del empleador en el pago de aportes por cuanto al no existir cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales, no existe el deber de aprovisionamiento y no puede hablarse de incumplimiento u omisión y, 2) La obligación de subrogar la obligación está dispuesta en los supuestos normativos contemplados en los artículos 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966 y el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y lo señalado en la sentencia CC C506-2001, jurisprudencia en la que se precisó que la obligación del empleador de efectuar el aprovisionamiento de capital para el cumplimiento de los aportes al Instituto de Seguros Sociales era inexistente.

Pues bien, sin discusión en lo relativo al tiempo que se predica no fue cotizado por la demandada al Instituto de Seguros Sociales, el problema jurídico se circunscribe a establecer si la empresa tiene o no la obligación de trasladar el cálculo de la reserva pensional de la parte demandante, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Para dar respuesta al problema jurídico planteado conviene reiterar lo dicho por la Corporación CSJ SL4921-2021, que en lo pertinente estableció que, si bien existieron posiciones contradictorias en el pasado, el criterio actual es que a pesar de no existir cobertura por el Instituto de Seguros Sociales es el empleador quien debe responder por el cálculo actuarial a que hubiere lugar. Precisa la sentencia que:

Aunque hubo posiciones divergentes en el pasado, a partir de la sentencia CSJ SL9856-2014, el criterio respecto de que los empleadores deben responder por el cálculo actuarial correspondiente a períodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura, ha sido pacífico y uniforme. Así razonó entonces la Sala:

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso,

no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer *«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 sirviéndolos hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»*; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

[...]

Por demás, el marco histórico constitucional da cuenta que desde la Carta Política de 1886 se previó la protección de los trabajadores, inclusive en estados de conmoción interior, impidiendo la afectación y el desmejoramiento de sus derechos aspecto que debe ponderarse para la interpretación del querer del legislador.

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: *«En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS»*.

En tal sentido, en criterio de esta Corte, 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.

Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social (Énfasis añadido).

Si bien es cierto que la Sala mantuvo en el pasado una posición como la que reseña la censura en su escrito, lo cierto es que el criterio que se viene exponiendo es el que marca el derrotero a seguirse en lo que se refiere a la interpretación y aplicación de las normas relativas al tema, contenidas en la Ley 90 de 1946 y los reglamentos posteriores expedidos por el Instituto de Seguros Sociales, tal como se recordó, más recientemente, en la sentencia CSJ SL2879-2020:

seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder por las obligaciones pensionales con sus trabajadores, máxime cuando se trata de períodos en que aquellos riesgos estaban a su cargo y, por tanto, deben asumir el valor del título pensional correspondiente para el reconocimiento de la pensión de vejez, en virtud a que el pago del mencionado título a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el trabajador, tiene por finalidad cubrir esos períodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, es decir, su único objetivo es que se perfeccione la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador, pues las obligaciones derivadas de la seguridad social en

La jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que el empleador que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y SL14215-2017), máxime cuando se trata de períodos en que aquellas estaban a su cargo (CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017, CSJ SL5541-2018 y CSJ SL3547-2018) y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019, CSJ SL1342-2019 y CSJ SL1140-2020).

Por otro lado, y, en lo que tiene que ver con la interpretación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y lo señalado en la sentencia CC C-506-2001, la Sala ya ha tenido la oportunidad de señalar que:

En relación a que el vínculo laboral debe estar vigente para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993 para que las empresas que tenían a su cargo sus propias pensiones respondan por los cálculos actuariales, esta Sala ha precisado que no es procedente este requerimiento, pues la obligación de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones es permanente e incondicional (CSJ SL2138-2016 y CSJ SL2584-2020). Precisamente, en esta última providencia la Corte explicó:

«(...) ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral.

Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Cabe decir también que la Corte Constitucional, haciendo eco, entre otras, de la jurisprudencia de esta Sala, ha sostenido que (...) el juez de la causa concreta debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el aparte normativo “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993” contenida en el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y en la expresión similar contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y ordenar en su lugar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador». (CSJ SL 5041-2021)

Y, en relación al contenido de la sentencia de constitucionalidad CC C-506-2001, la Corte (CSJ SL 5041-2021) precisó que se declaró exequible la expresión *«siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley»* contenida en el literal c) del parágrafo 1º, del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no obstante, en otras oportunidades esa misma Corporación ha inaplicado por inconstitucional tal exigencia con base en la infracción de bienes constitucionales como son los derechos adquiridos, la efectividad de las cotizaciones y el tiempo trabajado y la seguridad social (CC T-410-2014, T-714-2015 y T-665-2015). Y, además, el operador judicial bien puede aplicar el precedente judicial que considere apropiado para resolver la controversia planteada, siempre y cuando lo justifique.

Además, se reitera en dicha providencia que no es arbitrario el criterio según el cual, ante la omisión legislativa en relación con las responsabilidades pensionales a cargo del empleador en el período en que no existió cobertura del ISS, el trabajador no puede asumir las consecuencias negativas, quien además tiene la expectativa de reunir el tiempo de servicio requerido, las cotizaciones o el capital exigido para acceder a las prestaciones del sistema general de pensiones (CSJ SL 5041-2021). Aceptar lo contrario, implicaría la imposición desproporcionada de una carga para el trabajador, quien tiene derecho a que se le computen las semanas laboradas para efectos de la pensión o reúna el capital necesario, si acredita efectivamente la prestación de servicios en tal lapso. Esto en razón a que la seguridad social es un derecho fundamental irrenunciable en los términos del artículo 48 de la Constitución Política (sentencias CSJ SL17300-2014, CSJ SL 5041-2021).

En este orden de ideas bajo las anteriores consideraciones encuentra la Sala que el Tribunal se acogió al precedente vigente y que hoy regula el caso *sub examine*, razón por la cual no prospera el cargo.

pensiones, subsisten aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia, o que la relación laboral se encontrara vigente a la vigencia de la Ley 100 de 1993, tesis que en principio comparte con la jurisprudencia constitucional - CC C-506 de 2001², en el entendido que solo es posible computar el tiempo servido antes de

² 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)

La ley 100 de 1993 estableció esta nueva obligación, en atención precisamente a la situación preexistente, con el propósito de comenzar a corregir las deficiencias de un régimen que como se ha dicho no se encontraba exento de inequidades y de incongruencias. No debe olvidarse que la propia Carta establece que la ampliación de la cobertura de la seguridad social debe ser progresiva (art. 48 C.P.) y que los derechos prestacionales, como la seguridad social, son de realización progresiva y deben ser satisfechos con recursos económicos e institucionales limitados. Al respecto esta Corporación al estudiar la Constitucionalidad de algunos apartes del mismo artículo 33 señaló precisamente que:

“(…) es necesario tomar en cuenta que la Ley 100 de 1993 no ha restringido la posibilidad de acumular semanas o períodos laborados para el reconocimiento de las pensiones sino que ha pretendido universalizarlo y corregir así inequidades del pasado, con lo cual esa legislación promueve una igualdad real y efectiva (CP art. 13). Lo que sucede es que para alcanzar esa finalidad es necesario prever mecanismos de transición, como el establecido por la norma acusada, debido no sólo a la anterior desarticulación que existía en el régimen pensional en el país sino además, por cuanto la seguridad social es un derecho prestacional que debe ser satisfecho con recursos económicos e institucionales limitados. Es cierto que tales mecanismos de transición pueden implicar ciertas cargas importantes para determinadas personas, pero la Corte entiende que esas diferencias de trato encuentran mayor justificación en estos procesos de cambio en que el Legislador pretende alcanzar una mayor justicia social, ampliando la cobertura de estos derechos prestacionales. En efecto, en tales eventos, la ley no está incrementando las desigualdades sociales en un determinado aspecto, caso en el cual el control constitucional debería ser más intenso, sino que, por el contrario, está reduciendo progresivamente y por etapas tales desigualdades. Y esta estrategia es constitucionalmente admisible ya que en muchas ocasiones es irrazonable exigir al Legislador que corrija de manera inmediata agudas desigualdades del pasado, si los recursos son limitados para tal efecto, o los diseños institucionales necesarios para lograr el objetivo previsto son complejos y requieren difíciles procesos de ajuste. En tales casos, y siempre y cuando la ley no recurra a categorías discriminatorias, o no imponga cargas excesivas a determinados grupos poblacionales en condiciones de debilidad manifiesta, la Carta autoriza una corrección progresiva de las desigualdades. En efecto, la igualdad real y efectiva entre los colombianos es un objetivo que el Estado debe promover y buscar (CP art 13) pero resulta ingenuo pensar que esa igualdad puede ser alcanzada de manera inmediata en todos los campos. Esta Corporación ya había señalado al respecto:

“A veces es necesario y razonable que estos problemas acumulados sean corregidos en forma progresiva, siempre y cuando, al hacerlo, las autoridades no utilicen criterios discriminatorios. El examen de constitucionalidad no puede ser entonces muy estricto, por cuanto la asignación de recursos escasos para corregir injusticias acumuladas implica difíciles problemas de evaluación del impacto y de las posibilidades reales de las distintas políticas, por lo cual en principio corresponde a los órganos políticos debatirlas y adoptarlas. El Legislador goza entonces de una cierta libertad para escoger entre cursos alternativos de acción, según la razonable evaluación que haga de las diferentes estrategias.”²

Por ello la propia Carta establece que la ampliación de la cobertura de la seguridad social debe ser progresiva (CP art 48), lo cual concuerda con lo preceptuado por los pactos internacionales de derechos humanos, los cuales han precisado que los derechos prestaciones, como la seguridad social, son de realización progresiva y deberán ser garantizados por el Estado de acuerdo a los recursos de que disponga”²

La nueva obligación para los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión en relación con los contratos vigentes o los que se suscribieran con posterioridad a la ley 100 de 1993 constituyó entonces un avance dentro del proceso de universalización de la seguridad social, objetivo con el que el legislador en desarrollo de la Constitución se encontraba necesariamente comprometido. El carácter oneroso de esta nueva obligación para los empleadores, invocada en la intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público², no era óbice para que la ley consagrara este nuevo derecho para los trabajadores con vínculo laboral vigente.

Lo que no podía hacer el legislador, sin embargo, era establecer obligaciones en relación con situaciones jurídicas consolidadas.

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

la Ley 100 de 1993 para empresas que no estaban obligadas a afiliar a los trabajadores a la seguridad social cuando su contrato de trabajo no se hallaba vigente para la fecha de su vigencia, existe la obligación del empleador a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, de transferir a las administradoras del régimen pensional el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador.

Más tarde, CC T-207A de 2018 y T-429 de 2018³, resume la evolución sobre la

consolidaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos legales.

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

“El principio de la irretroactividad de la ley tiene plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Una nueva ley, dispone tal principio fundamental para la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron”².

Todos estos elementos necesariamente inciden dentro del test de igualdad efectuado por la Corte, en atención a la alegación de la demandante referente a la discriminación en la que se incurriría en la ley 100 respecto de los trabajadores cuyo vínculo laboral ya no existía a la entrada en vigencia de la norma, pero que laboraron antes de esa fecha para empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. La demandante considera esta situación como injusta e inequitativa y carente de toda justificación objetiva y razonable, amén de violar numerosos preceptos constitucionales².

Para la Corte, sin embargo, como acaba de verse, sí existen elementos objetivos que establecen una diferencia de situación en relación con estos trabajadores y, la diferencia de trato que establece la norma atiende a esta circunstancia, sin que ello pueda considerarse irrazonable o desproporcionado dentro del marco preciso en que se inscribe el derecho prestacional a la seguridad social al que se hizo referencia, así como de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico.

Para efectos de la comparación en este campo, no es procedente tampoco tomar como referencia las cajas previsionales del sector privado a las que alude la demandante cuando cita el literal d) del parágrafo 1° del artículo 33 de la ley 100, para predicar un desconocimiento del derecho a la igualdad, porque, a diferencia de los empleadores a que se refiere el literal c) atacado, estas cajas son instituciones que tienen a cargo la administración de reservas constituidas por las cotizaciones realizadas por los trabajadores y empleadores, y en tal sentido, como lo recuerda el señor Procurador en su intervención, son administradoras de recursos parafiscales.

No le asiste pues razón a la demandante en este aspecto como tampoco en lo referente a la consecuente vulneración de las normas que consagran los derechos a la seguridad social (arts 46,48,53 C.P.), al trabajo (art. 25 C.P.), así como los postulados del Estado Social de Derecho (Preámbulo y arts 1° y 2°).

³ (iv) En relación con la **jurisprudencia constitucional**, se evidencia una evolución tendente a sostener que existe una obligación de aprovisionar la suma del tiempo laborado en el sector público y privado, respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o por falta de cobertura del ISS, específicamente si son requeridas esas cotizaciones para acceder a la prestación pensional, de la siguiente manera:

	Inexistencia de obligación de aprovisionar, respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o por falta de cobertura del ISS	Existe obligación de aprovisionar la suma de aportes del tiempo laborado en el sector público y privado, respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o por falta de cobertura del ISS, específicamente si son requeridas esas cotizaciones para acceder a la prestación pensional	
		solo para el caso concreto, con base en el principio de equidad y, únicamente, el pago de los aportes faltantes , con el smmlv de la época ³	obligación legal establecida en la Ley 90 de 1946 de aprovisionar la suma de la totalidad de aportes , con el salario que devengaba
2010			T-784
2011	T-719; T-814; T-890		T-712
2012	T-020; T-205		T-549

existencia de la obligación de aprovisionar la suma del tiempo laborado en el sector público y privado, para aquellos trabajadores desvinculados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o por falta de cobertura del ISS, específicamente si eran requeridas esas cotizaciones para acceder a la prestación pensional, tal obligación se cumple con el pago de los aportes faltantes con base en el SMMLV de la época – CC T-492 y T-676 de 2013 y T-435 de 2014, y en las que la obligación legal establecida en la Ley 90 de 1946 era la de aprovisionar la suma de la totalidad de aportes con el salario que devengaba y al momento de aprovisionar el tiempo de servicio laborado y extinguido (SIC) antes de la vigencia de la Ley 100, se deben aplicar los siguientes criterios para

2013	T-240	T-492; T-676	T-518; T-770
2014		T-435	T-410 ³ ; SU-769
2015			T-469; T-543 ³ ; T-665; T-714
2016			T-722 ³
2017			T-194
2018			T-207A

De lo expuesto se concluye que la omisión del empleador tanto en su deber de aprovisionamiento de los recursos, como en el pago de los aportes al sistema de pensiones, de ninguna manera es oponible al trabajador y a su derecho a obtener el reconocimiento de la pensión. Ello, en razón de que existe un derecho en favor de los trabajadores de exigir el tiempo de servicio y una obligación para los empleadores de reconocerlo y así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, acorde con la posición actual de la Corte Suprema de Justicia³ y así lo ha reconocido la evolución jurisprudencial constitucional: *“a quienes se les había terminado su relación laboral en el sector privado, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, les es aplicable lo establecido en la Ley 90 de 1946 que impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, mientras entraba en vigencia éste”*³.

(i) La Corte Constitucional ha precisado que la interpretación más favorable para la protección del derecho a la seguridad social en pensiones del accionante, consiste en que el trabajador tiene derecho a que se tome en cuenta tiempo trabajado antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y que su empleador tiene la obligación de aprovisionar los cálculos actuariales en la suma correspondiente a su tiempo de servicios, tal como lo ordenaba la Ley 6ª de 1945 (sector público), la Ley 90 de 1946³ (sector privado) y el Código Sustantivo del Trabajo³, mas no la Ley 100 de 1993, la cual estableció el mecanismo o medio para cumplir con el deber de aprovisionar.

En suma, frente a las vinculaciones en el sector privado -antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y en aquellas situaciones en las cuales no existía cobertura del ISS o un llamamiento a la afiliación de sus trabajadores-, *“la interpretación que se encuentra acorde a la Constitución, es que desde la entrada en vigencia del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar el aporte previo al sistema de seguro social en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asumiera la obligación”*³, en concordancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores, de suerte que el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional, toda vez que la situación de que el contrato laboral no estuviera vigente al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993³.

Una posición contraria, en cuanto a desconocer los tiempos laborados en el sector privado antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, bajo el argumento de que la relación laboral se extinguió con anterioridad a la norma, desconocería el deber de aprovisionamiento contenido en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, así como el derecho a la seguridad social (artículo 48 Superior) que se materializa a través del derecho adquirido al reconocimiento de los aportes o de los tiempos laborados y a la efectividad de las cotizaciones de aquellos trabajadores. Por lo tanto, para la Sala existe un claro deber de aprovisionamiento en materia pensional a cargo de las empresas a partir de la Ley 90 de 1946.

Por último, resulta necesario precisar que, al momento de aprovisionar el tiempo de servicio laborado y extinguido antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se deberán aplicar los siguientes criterios para la solución del caso concreto³:

- (i) Se debe acreditar la imposibilidad del peticionario de acceder a la pensión.
- (ii) Se debe realizar el pago de la totalidad de los aportes correspondientes al periodo laborado
- (iii) El IBL será el salario que devengaba al momento de la ejecución de la relación laboral.

la solución de los casos concretos: **1.** Se debe acreditar la imposibilidad del peticionario de acceder a la pensión de vejez, **2.** Se debe realizar el pago de la totalidad de los aportes correspondientes al periodo laborado, y **3.** El IBL corresponde al salario que se devengaba al momento de la ejecución de la relación laboral, y finalmente que el pago de dichos periodos se realiza con base en una formula, en la que tomando como referencia el salario mínimo de la época, se aporte las semanas en la forma tripartita indicada por los artículos 16 de la Ley 90 de 1946 y 33 del decreto 3041 de 1966, por lo que el empleador debe cancelar un 50%, el trabajador un 25% y el Estado representado por COLPENSIONES el otro 25% -CC T-784 de 2010, T-712 de 2011, T-549 de 2012, T-194 de 2014 y T-281 de 2020⁴.

⁴ 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 1° 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.

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 1932^[139]; 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 1961^[140]; y 3) ha cotizado, también de manera interrumpida, 476,43 semanas entre el 7 de julio de 1969 y el 24 de marzo de 1981^[141].

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 trataba 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 desvinculación^[142].

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 segunda^[143]. 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 360^[144]; 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 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 causara^[145].

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 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 empleador^[146].

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 tiempos^[147] 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 2014^[148], se establecerá una fórmula en la que, tomando como referencia el salario mínimo de aquella época^[149], 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 1946^[150] y 33 del Decreto 3041 de 1966^[151]. 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

Así, ante la existencia de dos interpretaciones sobre la consecuencia del incumplimiento de la obligación del empleador de provisionar los fondos necesarios para el pago de los aportes a seguridad social causados en vigencia de la relación de trabajo en época y territorio sin cobertura del ISS, en aplicación del principio mínimo fundamental de *situación más favorable al trabajador en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho* contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política⁵, debe el

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, 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 descuente 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.

⁵ **Artículo 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

juez de trabajo aplicar la doctrina expuesta por la jurisprudencia laboral puesto que implican mejor situación para la afiliada beneficiaria demandante.

En términos de precedentes, significa que este es indeterminado y por tanto el juez puede en forma válida aplicar cualquiera de ellos, sin embargo, el juez de trabajo no tiene esa libertad en virtud de la existencia del principio mínimo fundamental de *situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho*.

Ahora, se dice que las doctrinas expuestas en las decisiones señaladas son precedentes de obligatorio respeto, porque son decisiones de los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria y constitucional y de entre ellos se elige el de la Corte Suprema de Justicia de una parte por lo ya dicho y además por cuanto comporta la solución constitucional que como tal, en términos del artículo 4 de la misma Carta Política, es prevalente, y finalmente en respeto al principio pro hómine que proviene del contenido de los artículos 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶ y 5 del Pacto de San José o Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁷, que se aplican en virtud a que de una parte, de ellos el Estado es parte y de otra, conforme lo prevén los artículos 93 y 94 de la Constitución Política⁸ en armonía con lo dispuesto

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

⁶ Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁷ Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

⁸ Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

por el artículo 9 del CST⁹. Así lo advierte la doctrina constitucional reiterada y con ocasión del juicio abstracto de constitucionalidad del artículo 7 del CGP¹⁰ que establece las reglas del respeto a la doctrina probable, sentencia C-621 de 2015¹¹.

En síntesis, en los eventos en los que se presenta omisión en la afiliación por falta de cobertura por parte del ISS, el empleador del trabajador en tiempos y territorio de no cobertura del Seguro Social tiene obligaciones con la pensión de ese trabajador, la que se traduce en el pago del cálculo actuarial.

Sin embargo, lo expuesto no aplica en el presente asunto porque solo aplica para las prestaciones de jubilación y de vejez, que no es el caso, porque estos derechos se hallan en formación o se van formando a lo largo de la vida laboral; no aplica a las pensiones de sobrevivientes cuando el riesgo que la misma cubre se encuentra causado, por cuanto tienen unas características particulares y diferentes a las pensiones de vejez, en la medida que cuenta con una fecha cierta de causación, que

⁹ **Artículo 9º. Protección al trabajo.** El trabajo goza de la protección del Estado, en la forma prevista en la Constitución Nacional y las leyes. Los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones.

¹⁰ **Artículo 7º. Legalidad.** Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley.

¹¹ **3.8.8.** En síntesis, reiterando lo sostenido por esta Corporación¹¹: (i) la jurisprudencia, es “*criterio auxiliar*” de interpretación de la actividad judicial -CP, artículo 230.2-, y de este modo los jueces en sus providencias “*sólo están sometidos al imperio de la ley*” -CP, artículo 230.1-; (ii) sin embargo, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional -en todos los casos, como guardián de la Constitución-, tienen *valor vinculante* por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica -CP, artículos 13 y 83-; (iii) excepcionalmente, el juez puede apartarse del *precedente judicial* vinculante de los órganos jurisdiccionales de cierre, mediante una argumentación explícita y razonada de su *apartamiento*, en reconocimiento a la autonomía e independencia inherentes a la administración de justicia y al ejercicio de la función judicial -CP, artículo 228-.

3.8.9. Ahora bien, a lo largo de la jurisprudencia de esta Corporación se ha sostenido que las decisiones de la Corte Constitucional en materia de interpretación de la constitución, en materia de derechos fundamentales, tiene prevalencia respecto de la interpretación que sobre la misma realicen los demás órganos judiciales. Así quedó sentado en la *ratio decidendi* de la Sentencia C-816 de 2011¹¹, en que la Corte decidió declarar exequibles el inciso primero y el inciso séptimo del artículo 102 de la ley 1437 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. a su vez compiló la línea jurisprudencial en la materia.

En la Sentencia C-539 de 2011¹¹ la Corte decidió declarar exequible la expresión “*que en materia ordinaria o contenciosa administrativa*” contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, en el entendido que los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado -y el Consejo Superior de la Judicatura, sala disciplinaria- a que se refiere la norma, deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional, la cual es prevalente en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución en general.

En ambas decisiones de importancia fundamental para la materia, se establece una regla sobre el valor normativo del precedente jurisprudencial de los jueces en Colombia, consistente en que si bien los precedentes de las altas cortes son obligatorios para los jueces de instancia y aún para ellos mismos, los precedentes en materia de interpretación de derechos fundamentales emanados de la Corte Constitucional tienen un valor preponderante y deben ser seguidos por los demás tribunales y jueces del país...

es la fecha en que ocurre el riesgo que ampara, esto es la muerte, y por ende su financiación depende de la solidaridad del régimen y no del acopio de tiempos o capital para ello; por manera que, si el empleador que no efectuó la afiliación de su trabajador en la época y territorio sin cobertura ISS, no realizó el trámite de convalidación de tiempos servidos, antes de la causación del riesgo de muerte, no es autorizado con posterioridad a tal suceso, ordenar el pago del cálculo actuarial para que la administradora del fondo de pensiones cubra un riesgo ya ocurrido – CSJ, entre otras SL4103-2017 y SL1710-2021, en ésta dice:

“...En providencia CSJ SL4698-2020, se dijo respecto de la temática que se ha venido estudiando:

(...)

Ahora, esta Sala ha determinado 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» (CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL2731-2015, CSJ SL14388-2015). Es decir, en principio, bajo los nuevos criterios de la jurisprudencia, la comprobada falta de afiliación del trabajador daría lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones.

No obstante, también ha admitido que la referida orientación ha estado dirigida a las pensiones de jubilación y de vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993 y bajo la idea de que son derechos en formación, respecto de los cuales se puede predicar «el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes» (CSJ SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015).

[...]

En consecuencia, se itera, como la omisión de afiliar al accionante al sistema de pensiones le impidió acceder a las prestaciones a cargo de este, el responsable del pago de la pensión de invalidez y demás prestaciones que de ella deriven es el empleador, en los precisos términos del estatuto de seguridad social y tal como lo concluyó el juez de primera instancia, como quiera que su monto no fue objeto de apelación por ninguna de las partes...”

Aplicadas tales subreglas al presente asunto se concluye que BANCOLOMBIA no se

encuentra obligado al pago del cálculo actuarial por los periodos reclamados pues precisamente el riesgo que tal prestación cubre, esto es, la muerte del afiliado, ocurrió el 14 de junio de 1983, y por ende el empleador no puede subrogar ahora un riesgo definido o consumado.

BANCOLOMBIA como empleador, tampoco se encuentra obligado a pagar la pensión de sobrevivientes reclamada, habida cuenta que, para 1983, fecha en que ocurrió el deceso, la consecuencia de la omisión en la afiliación, solo legitimaba al trabajador o a sus causahabientes a reclamar la indemnización de perjuicios causados con la omisión, solo a partir de la vigencia del Decreto 2665 de 1988, por medio del cual se expidió el reglamento general de sanciones, cobranzas y procedimientos del ISS, el empleador es responsable de aquellas prestaciones que le hubiesen correspondido a la administradora de haber mediado la afiliación –CSJ SCL rad. 15668 del 4 de abril de 2001 y 15443 del 6 de junio de 2001, dice:

“...Ha sido constante, pacífica y reiterada la jurisprudencia de esta Sala sobre el particular, como lo pone de relieve la impugnante, en las sentencias que se mencionan en la acusación, algunas de las cuales se reproducen en sus apartes pertinentes:

“El trabajador, o sus causahabientes, frente al hecho consumado de un patrono que no afilió al I.S.S., tienen reparación de perjuicios de cualquier índole que se originen en ése incumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato de trabajo y de la Ley.

“Estos perjuicios, como con acierto lo dedujo el ad-quem, necesariamente tienen que ser demostrados en el curso de las instancias, pues como añosamente lo tiene definido ésta Sala de la Corte, en materia laboral no procede las condenas “in genere” o en abstracto (esta circunstancia parece que no la desconoce el apoderado de la parte demandante porque precisamente en las pretensiones d) folio 14 cd. 1, aludió a las indemnizaciones derivadas de la no afiliación al I.S.S. y del no disfrute de la pensión vitalicia consecencial a la muerte en accidente de trabajo del trabajador GUTIERREZ RAFFO” (Rad. 2985).

“En cambio, en lo atinente a la falta de inscripción de los trabajadores dispone que si éstos solicitan al seguro las prestaciones, éste queda facultado para otorgarlas, dejando a salvo su derecho de repetición contra el empleador negligente.

“Conforme a éste reglamento, entonces los perjuicios que pueda ocasionar la falta de inscripción del trabajador al seguro de invalidez, vejez y muerte se han de someter a las reglas generales en cuanto a la reparación de daños por incumplimiento obligacional.” (Rad. 3546).

“Y si bien es indiscutible que el demandado, independientemente que el ejercicio

de su profesión de médico para lo cual ocupaba los servicios de la actora, tuviera o no la condición de empresa, tenía la obligación de inscribir a la trabajadora al Instituto de Seguros Sociales para el riesgo de vejez, precisa la Corte, que la consecuencia de esa omisión, como lo expresa la censura, no consiste en imponerle al empleador la obligación de pagar la pensión de jubilación que prevé el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, sino lo que se ha puntualizado por la Corporación a través de los fallos que rememora el ataque; sentencias del 24 de mayo de 1990 y febrero 13 de 1991, radicación 3546 y 4114, respectivamente, y más recientemente en sentencia de septiembre 6 de 1998, radicación 10143, o sea el incumplimiento en la inscripción del trabajador a la seguridad social, antes de la vigencia del decreto 2665 de 1988, legitimaba al trabajador a reclamar la indemnización de perjuicios que se originara por tal omisión y, después de que empezó a regir esa normatividad, el empleador es responsable directo de aquellas prestaciones que le hubiesen correspondido por esa institución de seguridad social de haberse producido su afiliación." (Rad. 13242). (Subraya ahora la Sala)..."

En el orden expuesto se revocarán los ordinales segundo y tercero de la sentencia, en la medida que las pretensiones principales de la demanda, referentes al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, se soportaban en el hecho de que con el pago del cálculo actuarial por los periodos en los cuales se presentó la omisión del empleador en la afiliación, el afiliado fallecido Libardo Barreto, tenía la cantidad de semanas mínimas de cotización para dejar causada la pensión de sobreviviente, de acuerdo con la norma vigente para el momento del deceso, esto es, el decreto 3041 de 1966 que aprobó el acuerdo 224 de 1966.

Sobre la pretensión subsidiaria.

La demandante reclama como pretensión subsidiaria, la pensión de sobrevivientes por sustitución pensional, o pensión de vejez post mortem o luego su sustitución a ella, a partir del 7 de enero de 2008, fecha en la que se hizo exigible la pensión de vejez que dejó causada Libardo Barreto, es preciso determinar si dejó causada la pensión de vejez o si por el contrario la misma, como lo alega la parte demandante se causó con posterioridad a su muerte, esto es, el 7 de enero de 2008.

El artículo 11 del decreto 3041 de 1966 que aprobó el acuerdo 224 de 1966¹²,

¹² ARTICULO 11. Tendrán derecho a la pensión de vejez, salvo lo dispuesto en el artículo 57 del presente reglamento, los asegurados que reúnan los siguiente requisitos:

Tener 60 años, o más de edad si es varón y 55 o más años si es mujer;

b. Haber acreditado un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil semanas de cotización, sufragadas en

consagraba que tendrían derecho a la pensión de vejez, los asegurados que contaran con 60 años o más de edad si era varón y 55 o más años si es mujer, y hubieran cotizado un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1.000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

El causante Libardo Barreto nació el 7 de enero de 1948 (registro civil de nacimiento 18), por manera que, para su deceso, el 14 de junio de 1983 (16), tenía 35 años, por consiguiente, para su fallecimiento no dejó causada la pensión de vejez, pues para el reconocimiento de la pensión de vejez que se estudia, la edad es un requisito de causación del derecho pensional y no de disfrute, como lo establece el artículo 12 del decreto 3041 de 1966 que aprobó el acuerdo 224 de 1966¹³, según el cual el derecho a la pensión de vejez comienza desde la fecha en que el beneficiario reúna los requisitos señalados en el artículo 11 *Ibidem*. –CSJ SL11651 de 2014¹⁴.

cualquier tiempo.

¹³ ARTICULO 12. El derecho a percibir la pensión de vejez comenzará desde la fecha en que el beneficiario reúna los requisitos señalados en el artículo precedente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18 de este reglamento.

¹⁴ Y que ha sido abundante al explicar que el Ingreso Base de Liquidación (I.B.L.) no hace parte del derecho al que se puede acceder por virtud del régimen de transición, pues el legislador previó expresamente el que debía ser tenido en cuenta ante tal situación, así como el que la edad no es requisito de ‘*exigibilidad*’ de las pensiones de vejez, como la del actor, como parece entenderlo el recurrente, sino de estructuración del derecho, tal como lo hizo en sentencia SL503-2013 del 30 de jul. de 2013, rad. 42311, así:

“En efecto, el régimen de transición previsto en L.100/1993 Art. 36, tal como lo tiene adoctrinado la Sala, garantiza a sus beneficiarios, la utilización de la normatividad anterior que venía aplicándose en cada caso, únicamente en lo concerniente, a tres aspectos: la edad, el tiempo o número de semanas cotizadas, y el monto de la prestación, entendiéndose por este último el monto porcentual de la pensión para el caso el 75%.

“En tales condiciones, cuando la L. 100/1993 Art. 36, refiere al “monto” de la pensión, como uno de los elementos que se conservan del sistema anterior por virtud del régimen de transición, se refiere al <porcentaje> del ingreso base de liquidación que antes se preveía, más no con el lapso temporal que se debe tomar para establecer el promedio de los ingresos salariales o base de cotización para liquidar la pensión y que viene a constituir el IBL, que para el caso de los beneficiarios de dicho régimen de transición, quedó regulado en el inciso 3° de la norma en comentario.

*“De ahí que, en relación con el ingreso base de liquidación de una pensión causada en vigor de la L.100/1993, como lo es la otorgada a la demandante, no es dable hablar de un derecho adquirido en los precisos términos en que lo plantea el recurrente. Como se explicó para este grupo de personas en transición, lo que se respeta y preserva es el <monto porcentual> de la pensión en el sistema anterior, debiendo en consecuencia liquidarse la pensión y obtenerse el IBL en la forma expresamente señalada en el Art. 36 inciso 3° *ibidem*, para el caso tomando el tiempo transcurrido entre la fecha en que entró en vigencia la citada Ley 100 para los servidores públicos del nivel departamental (30 de junio de 1995) y aquella en que el afiliado cumplió los requisitos para adquirir el derecho, siempre que le faltaren menos de diez (10) años para ello, como ocurre con la accionante, cuyo derecho se consolidó el 11 de febrero de 2001 cuando arribó a los 55 años de edad.*

“Aquí conviene recordar, que tratándose de una pensión de jubilación plena, la “edad” es un elemento esencial para el surgimiento del derecho y por tanto para su causación, y no como lo quiere hacer ver la censura como una simple condición para la exigibilidad del pago. En sentencia de la CSJ Laboral, 13 de abril de 2010, Rad. 37998, al respecto se puntualizó: ““(…) Esta Corporación tiene adoctrinado que la consolidación del derecho a la pensión legal plena de jubilación, sólo se da cuando se reúnen dos (2) requisitos: el tiempo de servicios y la edad exigidos por las correspondientes normas; y por consiguiente, únicamente cuando queden satisfechas ambas exigencias, es posible aseverar que se adquirió la titularidad del derecho, mientras tanto el trabajador con lo que cuenta es con una expectativa de jubilación, tal como lo concluyó el Tribunal.

““De ahí que, el demandante cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, estaba en una situación de simple expectativa, por haber cumplido únicamente el requisito del tiempo de servicios, habiéndose en consecuencia consolidado el derecho o causado la pensión plena de jubilación al arribar a la edad de los 55 años, lo que se produjo hasta el día 23 de octubre de 2002”.

“De tal modo que, la accionante, al no tener cumplida la edad requerida para acceder a su jubilación antes de la entrada

En otros términos, el requisito de la edad no se habilita por el fallecimiento del afiliado, o dicho de otro modo, la muerte del causante no suple la edad para que el derecho nazca, pues a pesar de que en la decisión que cita la parte demandante en la demanda -CSJ SL410-2018 de la Sala Cuarta de Descongestión, se señaló que con el fallecimiento se habilita la edad para acceder a la pensión de vejez y por ende da surgimiento a la sustitución pensional, tal conclusión no aplica al presente asunto, de una parte, porque si bien es cierto que allí se sustenta tal decisión con sentencias de la Sala permanente de la misma Corporación – SL8022 de 2014 y SL997 de 2015¹⁵, en tales referencias se estudia tal supuesto en pensiones de jubilación y no de vejez, por lo que no resulta atendible acudir a las mismas para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente que regula el decreto 3041 de 1966 que aprobó el acuerdo 224 de 1966, en razón a la habilitación de la edad para acceder a la pensión de vejez; y de otra, porque en las mencionadas decisiones se señala que la posibilidad de la habilitación de la edad por la muerte anticipada, fue introducida en el artículo primero de la Ley 12 de 1975¹⁶, en donde se consagró el derecho de la cónyuge supérstite o de la compañera permanente de recibir la pensión de jubilación del esposo si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el

en vigencia de la L. 100/1993, no puede afirmarse que la L. 33/1985 Art. 1° debió aplicarse íntegramente o en toda su extensión, sino, como antes se expresó, solamente frente a los tres aspectos referidos por razón de la transición.

“Así las cosas, la L. 100/1993 Art. 36-3, respecto de quien cotizó o devengó en el sistema de seguridad social integral como sucede con la actora, no permite tomar para conformar el IBL de la pensión el promedio de lo devengado en el último año de servicio, debiéndose someter la liquidación de la prestación de marras a las reglas introducidas por la nueva ley de seguridad social y, desde esta perspectiva no pudo cometer la Colegiatura ningún error jurídico”.

¹⁵ De otra parte, para la Sala es absolutamente claro que lo que la censura cuestiona por vía directa es que el Tribunal hubiera ignorado que tanto la pensión sanción, como la restringida de jubilación, se causan con la acreditación de los requisitos de tiempo de servicios y de despido injusto, en el primer caso, y de retiro voluntario, como sucedió en el caso bajo examen y que el cumplimiento de la edad comporta una especie de condición suspensiva para la exigibilidad del mismo.

En ese orden le asiste razón al recurrente, pues la jurisprudencia se ha pronunciado en ese sentido, y con base en dicha postura, se ha desestimado la excepción de petición previamente a tiempo, cuando se presenta la demanda antes que el interesado cumpla la edad exigida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 o en el artículo 74 de del Decreto 1848 de 1969. Baste memorar lo asentado en sentencia 30058 de 29 de enero de 2008, al reiterar las de 19 de mayo de 2005, radicación 24342, 24 de enero de 2002, radicación 17265, 14 de agosto de 2002, radicación 16784, 6 de mayo de 2004, radicación 21834 y 12 de octubre de 2005, raditaciones 25636 y 25835.

Dado que está fuera de discusión que Maribel Ávila Demoya laboró al servicio de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO desde el 17 de diciembre de 1973 hasta el 30 de diciembre de 1992, es decir durante más de 19 años, que fungió como trabajadora oficial y que su retiro se produjo en forma voluntaria, en virtud de conciliación celebrada entre las partes, tiene derecho a la pensión restringida de jubilación de que trata el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 a partir de la fecha de su muerte, es decir el 22 de febrero de 2002, momento desde el cual se sustituye el derecho en cabeza del demandante, toda vez que, contrario a lo considerado por el fallador de segundo grado, el deceso de la causante sí habilita al cónyuge supérstite para disfrutar el derecho que ya se había consolidado en cabeza de su esposa, puesto que para esta última calenda se encontraba en pleno vigor el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que legitima al cónyuge sobreviviente para acceder a la revisión reclamada.

Aún si se diera aplicación a las normas sobre la materia que antecedieron al Estatuto de la Seguridad Social Integral, el accionante tendría derecho a la sustitución pensional toda vez que la habilitación de la edad fue una figura expresamente adoptada por el artículo 1° de la Ley 12 de 1975, aplicable a este caso, como se consideró en sentencia 34779 de 7 de julio de 2009, en un litigio contra la misma demandada, y en decisión más reciente SL 18 jun 2014, rad. 8022-2014.

¹⁶ **ARTÍCULO 1°.-** El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.

tiempo de servicio consagrado para ello en la ley; esto es, solo se concibió para pensiones de jubilación con tiempo cumplido, no para pensiones de vejez sin tiempo cumplido.

En consecuencia, no procede el reconocimiento de la pensión de sobreviviente peticionada.

Corolario de lo expuesto se confirmará el ordinal primero y se revocarán los restantes, para en su lugar declarar probados los hechos soporte de la excepción de inexistencia de la obligación y en consecuencia niega las pretensiones propuestas por Myriam Corrales de Barreto contra BANCOLOMBIA S.A. y COLPENSIONES.

3. Las costas.

Atendida la suerte de los recursos y del asunto, las costas de ambas instancias se hallan a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho se estiman en \$1'000.000.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué Sala Cuarta de Decisión Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar el ordinal primero y revocar los restantes ordinales de la sentencia proferida el 20 de abril de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué, en el proceso de la referencia.

SEGUNDO: Declarar demostrados los hechos soporte de la excepción de inexistencia de la obligación, en consecuencia: niega las restantes pretensiones propuestas por Myriam Corrales de Barreto contra BANCOLOMBIA y COLPENSIONES.

TERCERO: Costas de ambas instancias a cargo de la demandante y en favor de BANCOLOMBIA y COLPENSIONES. Las agencias en derecho se estiman en \$1'000.000.

QUINTO: En oportunidad: devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase

CARLOS ORLANDO VELASQUEZ MURCIA
Magistrado – Salvo voto

AMPARO EMILIA PEÑA MEJIA
Magistrada

KENNEDY TRUJILLO SALAS
Magistrado

Firmado Por:

**Kennedy Trujillo Salas
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Ibague - Tolima**

**Carlos Orlando Velasquez Murcia
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Ibague - Tolima**

Firma Con Salvamento De Voto

**Amparo Emilia Peña Mejia
Magistrado
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Ibague - Tolima**

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:

3514de1a47ac26243445a9afe469b88458a6a655fb3cbf3d92c64e19755e9358

Documento generado en 01/06/2022 04:20:50 PM

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