TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 10

Audiencia pública número: 49

En Santiago de Cali, a los veinticinco (25) días del mes de marzo de dos mil veintiuno (2021), siendo la fecha y hora señalada por auto que precede, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se constituyeron audiencia pública con el fin de darle trámite a los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 027 del 18 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por NESTOR BUSTAMENTE HINCAPIE contra de COLPENSIONES y COLTABACO S.A.S.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada del demandante, argumenta que está demostrado que el actor laboró para COLTABACO del 01 de abril de 1957 al 14 de octubre de 1968 donde hay gran parte de ese tiempo que no se cotizó al sistema de seguridad social, razón por la cual, el demandante reclama de su ex empleador el pago de esas cotizaciones, y sumando éstas, más las que aparecen en la historia laboral, permiten adquirir el derecho pensional como beneficiario del régimen de transición. Considerando además que no ha operado el fenómeno de la

prescripción, porque la solicitud fue presentada el 07 de julio de 2017, contra la cual interpuso recursos legales para finalmente presentar la demanda el 16 de mayo de 2018.

La apoderada de COLPENSIONES, igualmente presentó alegatos de conclusión, exponiendo que al actor esa entidad le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, quedando así cancelado lo que corresponde a ese riesgo. Que el demandante no tiene derecho a la pensión de vejez, porque sólo aparecen cotizaciones a partir del 01 de enero de 1967 y no de tiempo atrás, no hay pago del cálculo actuarial, además hay semanas cotizadas como trabajador independiente, pero su pago es extemporáneo, presentando 475.43 semanas válidamente cotizadas, número inferior al que exige el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, al ser el promotor de este proceso, beneficiario del régimen de transición.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 46

Pretende el demandante que se condene a COLTABACO S.A.S. a pagar a Colpensiones mediante la liquidación de un cálculo actuarial, los aportes pensionales causados durante el período comprendido entre el 01 de abril de 1957 al 31 de diciembre de 1966, y como consecuencia de ello, se condene a la administradora de pensiones demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, bajo el régimen pensional contenido en el Acuerdo 049 de 1990 y su Decreto aprobatorio 758 del mismo año, por ser beneficiario del régimen de transición, a partir del 31 de diciembre de 1997 y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como pretensiones subsidiarias solicita el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, así como la devolución de lo cancelado mediante la planilla simple s.a., correspondientes al período comprendido entre el 01 de enero al 31 de diciembre de 1997.

En sustento de las anteriores pretensiones aduce:

1. Que nació el 05 de octubre de 1937, contando en la actualidad con 80 años de edad;
2. Que laboró para COLTABACO desde el 01 de abril de 1957 hasta el 14 de octubre de 1968; que dicha sociedad lo afilió al ISS el 01 de enero de 1967, lo que significa que los anteriores años no fueron cotizados ni posteriormente pagados;
3. Que el día 27 de febrero de 2017 elevó petición a la demandada COLTABACO a fin de que realice el respectivo pago o traslado del bono pensional para poder acceder a su pensión de vejez; petición que fue atendida de forma negativa por aquella sociedad, debido a que con anterioridad al 01 de enero de 1967 no existía cobertura en los riesgos de invalidez, vejez y muerte;
4. Que el día 27 de abril de 2017 radicó ante COLPENSIONES solicitud de liquidación de cálculo actuarial con el empleador COLTABACO, a fin de que le sea reconocidos los ciclos y poder así recuperar las semanas faltantes;
5. Que el día 17 de junio de 2016 COLPENSIONES dio respuesta a la anterior petición manifestando que no existe el correspondiente registro de afiliación y que por lo tanto no puede ejercer acción de cobro al no haber sido informada de la existencia de un vínculo laboral;
6. Que el día 30 de octubre de 2017 procedió a efectuar el pago de los ciclos correspondientes al 01 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre del mismo año, a través de las planillas pila simple s.a.;
7. Que a la fecha tendría en su historia laboral un total de 1.003 semanas cotizadas antes del 31 de diciembre de 2014, sumando las 51,42 semanas pagadas a través de la planilla simple s.a. y las 497,13 semanas arrojadas del cálculo actuarial requerido a COLTABACO;
8. Que el día 10 de noviembre de 2017 elevó solicitud de pensión de vejez ante COLPENSIONES, siendo la misma negada mediante Resolución SUB 267575 del 24 de noviembre de 2017, bajo el argumento de que no cumple con los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003; que contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo el primero de ellos resuelto de forma negativa a través de la Resolución DIR 3700 del 20 de febrero de 2018.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, al dar respuesta a esta acción, se opone a las pretensiones de la demanda, pues en relación con el cálculo actuarial aduce que en la base de datos no se

encuentra registro de afiliación, ni pagos por los períodos solicitados, ello en vista de que sólo después de la afiliación es cuando la entidad es responsable de las prestación económicas y en cuanto a la petición de reconocimiento de la pensión de vejez, la misma carece de fundamento fáctico y jurídico, pues el actor únicamente cotizó un total de 475 semanas, y que si bien tenía cumplidos más de 40 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que no cumplió con el número de semanas requeridas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, perdiendo así el beneficio de la transición, como tampoco reunió la densidad de semanas requeridas en la Ley 797 de 2003. Formula en su defensa las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios, prescripción y la innominada o genérica.

COLTABACO S.A.S. también se opuso a la pretensión relativa al pago del cálculo actuarial a favor del demandante por el período comprendido entre el 01 de abril de 1957 al 31 de diciembre de 1966, pues para dicha época no existía cobertura del sistema de pensiones, resaltando que el pago de los aportes se inició desde el momento en que en la ciudad de Cali se tuvo cobertura, esto fue a partir del 01 de enero de 1967. Aduce además que ni siquiera con el pago del título pensional solicitado, el demandante tendría acceso al reconocimiento de la pensión de vejez, pues ni teniendo en cuenta las semanas trabajadas y no cotizadas por el actor, éste reúne los requisitos establecidos en el Decreto 3041 de 1966, ni tampoco los requisitos contenidos por el Decreto 758 de 1990, y en caso tal de que se ordene el pago del título pensional, éste solo va a representar un detrimento económico para una compañía que siempre ha actuado acorde a la Ley.

Formula como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de la obligación de Coltabaco S.A.S de pagar aportes en pensión durante periodos de no cobertura del ISS, afiliación del demandante al seguro social, afiliación oportuna al seguro social, pago y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirimió en primera instancia en donde el A quo declaró no probadas las excepciones de mérito formuladas por las demandadas COLPENSIONES y COLTABACO

S.A.S.; ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES, a partir del 04 de octubre de 2017, en cuantía de $737.717 y a pagar debidamente indexada la suma de $26.285.911, por concepto de mesadas pensionales retroactivas liquidadas hasta el 30 de enero de 2020, suma de la cual ordenó los descuentos de los aportes a salud y de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida de forma indexada. Finalmente, condenó a la demandada COLTABACO S.A.S. a realizar los aportes al sistema integral de seguridad social en pensiones comprendido entre el 01 de abril de 1957 al 31 de diciembre de 1966, tiempo en que prestó los servicios el actor a dicha compañía, de conformidad con la liquidación que para tal efecto realice COLPENSIONES.

Para arribar a la anterior decisión el Juez de primera instancia en sustento de pronunciamientos emanados por nuestro órgano de cierre, determinó que el ex empleador del actor, COLTABACO S.A.S debe asumir mediante el pago de un cálculo actuarial, las cotizaciones a pensión por el período laborado por el señor NESTOR BUSTAMENTE HINCAPIE con anterioridad al 01 de enero de 1967, a pesar de no haber existido cobertura del ente de seguridad social en ese entonces ISS, antes de dicha calenda, pues dicha situación no puede entrar a afectar el derecho pensional del actor.

En torno a la pensión de vejez, el A quo efectuó un conteo de semanas en el que se tuvo en cuenta el período de cotizaciones a cancelar por parte de COLTABACO S.A.S, así como las semanas reflejadas tanto en su historia laboral, como en la parte considerativa de la resolución que le negó la pensión de vejez al actor, conteo en el que también tuvo en cuenta los ciclos de enero a diciembre de 1997, que como independiente canceló mediante planilla simple en el año 2017, situación última que consideró a pesar de haberse realizado los pagos de manera extemporánea, puesto que COLPENSIONES en ningún momento ordenó la devolución de esos aportes realizados dentro de dicho período, allanándose a la mora y a los efectos que ello conlleva.

Del conteo efectuado por el Juez de Instancia éste arrojó un total de 1.042 semanas, de las cuales 750 fueron sufragadas con anterioridad al 25 de julio de 2005, conservando así el régimen de transición y alcanzando la densidad mínima de semanas exigida en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para acceder a la pensión de vejez a partir del 04 de octubre de 2017, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal

mensual vigente, fecha en la cual el actor canceló el monto de las semanas que le hacían falta para completar la densidad de cotizaciones mínimas para la prestación, así las mismas fueran realizadas de manera extemporánea.

Finalmente, en lo que hace a los intereses moratorios solicitados, el operador judicial negó los mismos, en consideración a que el derecho pensional ordenado se encuentra condicionado al pago del cálculo actuarial por parte de COLTABACO S.A.S, lo que significa que a la fecha la entidad no ha incurrido en mora en el pago de las mesadas pensionales de vejez, y por ende accedió al pago de la indexación.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión los apoderados judiciales de las demandadas COLPENSIONES y COLTABACO S.A.S., interpusieron sus respectivos recursos de apelación, de la siguiente manera:

COLPENSIONES solicita mediante el recurso de alzada que sea revocada la decisión de primer grado, pues el demandante pagó extemporáneamente las cotizaciones en el año 2017, habiendo terminado el régimen de transición en el año 2014, poniendo en riesgo el principio de sostenibilidad del sistema, dado que toda persona que evada el pago de los aportes, no puede pretender que al momento de cumplir con los requisitos para la pensión, pueda pagar lo vencido sin la cancelación de unos intereses moratorios, aunado a que el actor recibió el pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Aduce también, que tampoco procedería la condena en costas a cargo de su presentada, pues al momento de elevar la solicitud pensional el actor, éste no tenía causado su derecho, en vista de que no era obligatorio por parte de COLTABACO cotizar al sistema.

COLTABACO S.A.S., por su parte también solicita sea revocada la sentencia, pues reitera que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en la ley para ser beneficiario de la pensión por vejez, y por ende no habría lugar a que sea condenada su representada al pago de aportes a pensión con anterioridad al año 1967, en vista de que dichos aportes frente a COLPENSIONES se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción. Afirma igualmente que, en cuanto al periodo de cotización del año 1997, éstos los canceló 20

años después, esto es, el 03 de octubre de 2017, los que a su consideración no se deben tener en cuenta en vista de que irían en detrimento del principio de equilibrio financiero del sistema, pues tales aportes lo hizo sólo con el ánimo de un mes después solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez ante COLPENSIONES, y acreditar los requisitos que para esa fecha no tenía, máxime que para la fecha en que canceló dichos aportes, ya se encontraba desafiliado del sistema general de pensiones, debido a que ya se le había reconocido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Igualmente, ataca la decisión de primera instancia en el sentido de qué en el trámite del proceso, no quedo acreditada la fecha exacta del nacimiento del demandante, con la prueba sumaria necesaria para ello, vale decir el registro civil de nacimiento de aquel, situación que fue objeto de inconformidad en la contestación de la demanda y que el A quo paso por alto.

Finalmente, censura la sentencia atacada bajo el argumento de que no se puede obligar a nadie a lo imposible, ello por la condena impuesta del pago de unos aportes a pensión, cuando para la fecha no existía cobertura en la zona para realizarlos.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Al ser el proveído estudiado adverso a los intereses de Colpensiones, se admite también para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En vista de la consulta que se surte a favor de Colpensiones y teniendo en cuenta los argumentos expuestos por ambas demandadas en sus recursos de alzada, corresponderá a esta Sala de Decisión establecer: **i)** si la demandada COLTABACO S.A.S. debe asumir el costo del cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones a pensión por el período laborado por el señor NESTOR BUSTAMENTE HINCAPIE, comprendido entre el 01 de abril de 1957 y el 31 de diciembre de 1966 **ii)** igualmente, se analizará la procedencia o no de tener en cuenta las cotizaciones efectuadas de forma extemporánea por el demandante como independiente para el año 1997, y en caso de ser así, ii) analizar sí el actor reúne los

requisitos para ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y los requisitos para acceder a la pensión de vejez, con base en el régimen pensional contenido en el Acuerdo 049 de 1990, y su Decreto aprobatorio 758 del mismo año, en caso afirmativo, iii) se ha de establecer la fecha de su causación y disfrute, el monto de la mesada pensional, y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, si a ello hubiese lugar.

Antes de entrar a resolver los anteriores problemas jurídicos, debe la Sala resaltar que en el presente asunto no es objeto de debate probatorio:

- El tiempo laborado por el señor NESTOR BUSTAMENTE HINCAPIE al servicio de COLTABACO S.A.S, desde el 1° de abril de 1957 y hasta el 14 de octubre de 1968 (fl. 37, 38 – 138);
- El reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía única de $6.922.829, a través de la Resolución GNR 285875 del 26 de septiembre de 2016, en la que se tuvo en cuenta un total de 475 semanas cotizadas (ver expediente administrativo del actor);
- La negativa de la pensión de vejez por parte de la entidad demandada, según la Resolución SUB 267575 del 24 de noviembre de 2017, (fl. 51 – 53), decisión que fue confirmada por COLPENSIONES al desatarse los recursos de reposición y en subsidio apelación a través de las resoluciones SUB 34188 del 05 de febrero de 2018 y DIR 3700 del 20 de febrero de 2018, respectivamente, (fl. 57-62 y expediente administrativo del actor).

Antes de entrar a resolver cada uno de los problemas jurídicos planteados en líneas precedentes, parte la Sala por establecer el pleno valor probatorio de las documentales que ilustran la fecha en que el señor NESTOR BUSTAMANTE HINCAPIE nació, esto es, el 04 de agosto de 1937, tal y como se lee en la copia de la cédula de ciudadanía de aquel, que reposa a folios 35 del proceso y en las consideraciones de cada una de las resoluciones que COLPENSIONES expidió al estudiar las solicitudes de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y reconocimiento de la prestación económica de vejez, las que reposan tanto en el expediente administrativo como a folios 51 a 53 y 57 a 62 del proceso, documentales que no fueron tachadas de falsas por ninguna de las partes demandadas, dentro de la oportunidad procesal para hacerlo.

Además de lo anterior, debe resaltarse que la finalidad del caso que hoy nos ocupa es la obtención de una pensión de vejez en la que se requiere el cumplimiento de una edad determinada, no siendo necesario entrar a exigir el registro civil de nacimiento para adelantar el reconocimiento de este tipo de prestaciones económicas, como lo censura el apoderado judicial de COLTABACO S.A.S., pues a consideración de esta Corporación basta con allegar la copia de la cédula de ciudadanía para acreditar la fecha del natalicio del peticionario de la prestación, puesto que de tal documento se obtiene tal información y que además se reputa auténtico, conforme lo estipula el canon normativo 25 del Decreto 019 de 2012.

DEL CÁLCULO ACTUARIAL

Como bien quedo estipulado con anterioridad, no existe discusión alguna a cerca del tiempo laborado por el señor NESTOR BUSTAMANTE HINCAPIE ante COLTABACO S.A.S. desde el 01 de abril de 1957 y hasta el 14 de octubre de 1968, de cuyo período únicamente se realizaron cotizaciones al otrora ISS para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, desde el 01 de enero de 1967 al 29 de septiembre de 1968, según se observa de la historia laboral actualizada que reposa en el expediente administrativo del actor allegado en medio magnético, sin que dicha empresa hubiese afiliado o cancelado los respectivos aportes con anterioridad a dicha data, pues según la misma en su defensa y en los argumentos expuestos en su recurso de alzada, el deber de afiliar a los trabajadores surgió a partir del 01 de enero de 1967, cuando el Seguro Social inició la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, pues con anterioridad a dicha calenda no existía obligación alguna de afiliación, ni pago de cotizaciones a cargo de los empleadores.

Al respecto nuestro órgano de cierre a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 y CSJ SL5790-2014, cambio su postura en la que se predicaba una inmunidad total del empleador, frente a situaciones de trabajadores que tienen períodos laborados para empleadores que no estaban en la obligación de afiliar a sus trabajadores al ISS, bien sea porque no había cobertura o por otras razones, por la posición en la que se debe tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, para efectos de reconocimiento de la pensión de vejez, y en dichos casos, los empleadores deben responder por el título pensional correspondiente, para mayor ilustración también se pueden

consultar las sentencias SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017 y CSJ SL068-2018, precisando la Corte en la SL 14388 de 2015, lo siguiente:

> *"No obstante lo anterior, no se puede desconocer que la jurisprudencia de la Sala ha tenido una evolución, coordinada y concordante con el espíritu de las nuevas disposiciones que ha expedido el legislador para contrarrestar estas hipótesis de falta de afiliación, que afectan la configuración del derecho pensional de los afiliados, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad, integralidad y eficiencia. En lo fundamental, esa progresión de la jurisprudencia ha estado encaminada a lograr la financiación plena de las prestaciones, así como unidad en su reconocimiento, a través de las entidades de seguridad social.*
>
> *Concretamente, el sistema de seguridad social y sus desarrollos en la jurisprudencia han tendido a reconocer expresamente tales omisiones de afiliación, dadas en el pasado, así como a buscarles una solución adecuada y suficiente, a través del reconocimiento de la respectiva prestación por parte de las entidades de seguridad social, con el consecuente recobro o integración de los aportes y recursos, por medio de títulos pensionales que deben pagar los empleadores omisos.*
>
> *Así, partir de sentencias como las CSJ SLSL9856-2014 y CSJSL17300-2014, la Corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a dichas eventualidades, a la vez que definió, entre otras cosas, i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional; iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «…en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar… que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.»"* (subrayado fuera del texto)

Del mismo modo precisa la Sala que la Alta Corporación, en reciente Sentencia SL 197 del 23 de enero de 2019, Rad. 42.324, reitero lo expuesto en las sentencias SL16715-2014, SL2731-2015, SL2412-2016 y SL14215-2017, en torno a que las disposiciones que regulan los efectos de la omisión en la afiliación, por cualquier causa, son las vigentes al momento del cumplimiento de los requisitos para obtener el derecho pensional, e independientemente de que las diferentes situaciones se presenten con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Además de que reiteró que lo señalado en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, según los cuales las entidades de seguridad social tendrán en cuenta el tiempo servido, como efectivamente cotizado, con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda por los períodos omitidos, son aplicables a las pensiones que se otorguen en virtud del régimen de transición, posición que se recoge de las sentencias SL9856-2014 y CSJ SL068-2018, ya mencionadas.

Finalmente resalta esta Corporación que la Corte en la referida sentencia SL 197 de 2019, estudió un caso homologó al presente, en donde ordenó al exempleador del demandante a pagar el título pensional a entera satisfacción de Colpensiones, por el período laborado situado con anterioridad al 01 de enero de 1967, a pesar de que el actor no estaba vinculado al ISS, por no existir cobertura de la entidad, bajo los siguientes argumentos:

> *"La aplicación de los anteriores criterios jurisprudenciales para la situación de omisión en estudio, implica que si bien los empleadores de trabajadores que tenían menos de diez años de servicio al momento en el que el ISS asumió el riesgo de vejez, quedaron subrogados de reconocer esa prestación económica, ello no los exime de su responsabilidad pensional por el tiempo en el que no hubo cobertura, y en particular, de contribuir a la financiación de la pensión por el periodo efectivamente laborado por el trabajador, incluso si con ello, el empleado no alcanza a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, toda vez que aquel puede seguir cotizando para obtenerla; y si de todas formas no la obtiene, esos recursos son del sistema de seguridad social.*
>
> *Ello, se reitera, porque no se desconoce el trabajo del afiliado y garantiza el reconocimiento de la prestación de vejez, sin resquebrajar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social por las cotizaciones sufragadas."*

En apoyo de los anteriores criterios jurisprudenciales emanados por nuestro órgano de cierre, los cuales la Sala comparte en su totalidad, se dejan sin base los argumentos esgrimidos por el apoderado judicial de la demandada COLTABACO S.A.S. en su recurso de alzada, especialmente en lo que atañe al desconocimiento del pago de aportes para cubrir los entonces riesgos de invalidez, vejez y muerte con anterioridad al 01 de enero de 1967, por no existir cobertura por parte del ISS, independientemente de que el actor reúna o no los requisitos para acceder a la pensión de vejez deprecada, puesto que ello resulta ser una obligación pensional imprescriptible que tenía como empleador de su trabajador aquí demandante, además de que el mismo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha establecido en sus pronunciamientos ya citados, que en caso de que no se obtenga la prestación económica peticionada, esos recursos harían parte del sistema de seguridad social.

Por ende debe darse plena aplicación a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el cual establece que para el reconocimiento de la pensión se debe tener en cuenta *"El tiempo de servicios como trabajadores*

vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.", y en consecuencia se debe ordenar a COLTABACO S.A.S. a pagar el cálculo actuarial que realice Colpensiones a favor del señor NESTOR BUSTAMANTE HINCAPIE, correspondiente al período laborado por aquel, comprendido entre el 01 de enero de 1957 al 31 de diciembre de 1966, como acertadamente lo ordenó el A quo. Punto de la decisión que ha confirmarse.

DE LA PENSION DE VEJEZ

Esclarecido lo anterior procede la Sala a verificar si se cumplen los preceptos normativos para acceder a la pensión de vejez deprecada.

REGIMEN DE TRANSICION

Establece el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, esto es 35 años o más de edad si son mujeres o cuarenta 40 o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, requisitos que se deben cumplir al 01 de abril de 1994, calenda en que empezó a regir la ley de seguridad social citada.

Descendiendo al caso que nos ocupa, al haber nacido el demandante el 04 de agosto de 1937, encuentra la Sala que, al momento de entrar la aplicación de la ley de seguridad social, éste tenía 56 años de edad cumplidos, por lo tanto, en principio acredita uno de los requisitos exigidos en la norma en comento para ser beneficiario del régimen de transición y con ello analizar los presupuestos para la pensión de conformidad con la norma anterior a la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, no puede dejarse a un lado lo dispuesto en el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 001 de 2005, en donde se dispone una limitación del mencionado régimen de transición el cual no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010 excepto que acrediten 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia dicho Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

REQUISITOS DE LA PENSION DE VEJEZ EN REGIMEN DE TRANSICION

Por su parte el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, prevé que se requiere para el caso de los hombres acreditar 60 años de edad y 55 años para el caso de las mujeres y 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad o 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

Veamos entonces si el anterior régimen pensional resulta aplicable al actor, por ser en principio beneficiario del régimen de transición, como bien se estudió con anterioridad.

Del conteo efectuado por esta corporación sobre la información contenida en la historia laboral del señor NESTOR BUSTAMENTE HINCAPIE, contenida en el expediente administrativo allegado en medio magnético, tenemos que aquel cotizó un total de 1.031,57 semanas en toda su vida laboral, número en el que se sumó tanto el período correspondiente al cálculo actuarial a pagar por parte de COLTABACO S.A.S., comprendido entre el 01 de abril de 1957 al 31 de diciembre de 1966, como el período cancelado como independiente en el año 2017, de la siguiente manera:

EMPLEADOR	DESDE	HASTA	TOTAL DIAS	SEMANAS TODA LA VIDA LABORAL	SEMANAS 20 ULT AÑOS	1,000 SEMANAS	OBSERVACION
COLTABACO S.A.S.	01/04/1957	31/12/1966	3562	508.86	0.00	508.86	CALCULO ACTUARIAL
COLTABACO S.A.S.	01/01/1967	29/09/1968	638	91.14	0.00	91.14	HL
TRANSP ALFONSO LOPEZ	20/02/1979	16/05/1979	86	12.29	12.29	12.29	HL
BUSTAMANTE HINCAPIE HECTOR	04/09/1989	31/12/1994	1945	277.86	277.86	277.86	HL
NESTOR BUSTAMANTE HINCAPIE	01/01/1995	28/02/1995	60	8.57	8.57	8.57	HL
NESTOR BUSTAMANTE HINCAPIE	01/04/1995	31/08/1995	150	21.43	21.43	21.43	HL
NESTOR BUSTAMANTE HINCAPIE	01/10/1995	31/12/1995	90	12.86	12.86	12.86	HL
NESTOR BUSTAMANTE HINCAPIE	01/01/1996	30/10/1996	300	42.86	42.86	42.86	HL
NESTOR BUSTAMANTE HINCAPIE	01/12/1996	31/12/1996	30	4.29	4.29	4.29	HL
NESTOR BUSTAMANTE HINCAPIE	01/10/2017	**19/02/2018**	139	19.86	0.00	19.86	PAGOS EXTEM
NESTOR BUSTAMANTE HINCAPIE	20/02/2018	30/09/2018	221	31.57	0.00	0.00	PAGOS EXTEM
			7221	**1031.57**	**380.14**	**1000.00**	

Como puede evidenciarse en el anterior conteo de semanas, los pagos que el actor efectúo en octubre de 2017, a través de las planillas liquidadas por medio la aplicación pago simple, vistas a folios 63 a 74 del proceso, que pretendían ser aplicados a los ciclos comprendidos entre enero a diciembre de 1997, se tuvieron en cuenta para los ciclos posteriores a la calenda del pago antes mencionada, esto es, desde octubre de 2017 a septiembre de 2018, en vista de que los mismos se sufragaron como independiente, y por ende el pago de sus

cotizaciones debían hacerse de forma anticipada al sistema, como lo estipulan los artículos 6º del Decreto 1858 de 1995, modificado por el artículo 9º del Decreto 1156 de 1996 y 20 del Decreto 3771 de 2007.

No obstante lo anterior, no quiere decir que en caso tal de que un afiliado independiente efectúe el pago de su cotización de forma extemporánea, ésta se pierda por no haberlo hecho en el término que exige la ley, sino que los mismos se entienden efectuados para el ciclo inmediatamente siguiente en el que no aparece reporte alguno, pues, se reitera que las cotizaciones de este tipo particular de afiliados al Sistema General de Pensiones deben entenderse como anticipadas, sin que ello les haga perder su validez o su eficacia.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en Sentencia SL 36648 del 21 de febrero de 2012, precisó respecto del pago de aportes de afiliados independientes, lo siguiente:

> *"(…) en segundo término, si entonces no se logró derruir el supuesto según el cual la actora pagó extemporáneamente aportes en pensiones, resulta que estos rubros no tienen efectos retroactivos y, por consiguiente, la entidad administradora los debe imputar siempre a mensualidades futuras, según lo estipula el Decreto 1406 de 1999 y quedó explicado en la sentencia acabada de referir, en el siguiente sentido:*
>
> *El conflicto a resolver radica en si las cotizaciones efectuadas por el actor como trabajador independiente, pagadas por fuera del término legal establecido, deben sumarse para completar las 500 semanas de aportes exigidas por la normativa legal para acceder a la pensión de vejez a los 60 años de edad.*
>
> *Se parte del supuesto no discutido que entre agosto de 1979 y noviembre de 1985 el actor aportó para el sistema pensional a través de Peláez Restrepo C., y a partir de enero de 1995 lo hizo como trabajador independiente.*
>
> *Las personas trabajadoras independientes, al igual que las que prestan servicios subordinados privados o como servidores públicos, los contratistas, etc., están obligadas a efectuar las cotizaciones pertinentes a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleados y contratistas, obligación que cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión de vejez o cuando este se pensione por invalidez o anticipadamente.*
>
> *Como los aportes efectuados constituyen una de las fuentes de los recursos financieros que sostienen y hacen viable el sistema, el afiliado deberá sufragar las cotizaciones dentro del término que para el efecto señale la ley.*
>
> *En el caso de los trabajadores independientes, las cotizaciones "se entenderán hechas para cada período, de manera anticipada y no por mes vencido", y si no se especificaba el período a aportar se tomaba "como período de cotización el mes siguiente al de la fecha de consignación del aporte", como lo preveía el artículo 20 inciso tercero del*

Decreto 692 de 1994, texto que si bien lo derogó el artículo 56 del Decreto 326 de 1996, fue introducido en el artículo 35 del Decreto 1406 del 28 de julio de 1999, que reza: "Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada", además de que las "novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente".

Así, el trabajador independiente se constituye en el interesado directo del aporte de sus cotizaciones al sistema de pensiones, para que en el evento de presentarse la contingencia, la entidad encargada a la que se encuentre afiliado, le conceda las acreencias que le puedan corresponder. Por ello, esos trabajadores independientes están obligados a efectuar su aporte "por períodos mensuales y en forma anticipada", por lo que las "novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente", de donde se colige sin duda alguna, que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados, no surten efecto retroactivo.

Por ello, tratándose de trabajadores independientes el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, no consagra sanción moratoria por la no consignación de los aportes dentro de los plazos señalados para ese fin. En efecto, la normativa en cuestión prevé que el pago extemporáneo de los aportes, "generarán un interés moratorio a cargo del empleador", quien conforme al 22 ibídem, es la persona responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, pero se insiste, como tratándose de los afiliados independientes esa responsabilidad del pago de los aportes dentro del plazo señalado para el efecto, se traslada al trabajador afiliado como independiente.

En consecuencia, tampoco aplica lo previsto por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, por lo que las entidades administradoras de los diferentes regímenes no están obligadas a adelantar las acciones de cobro a que se refiere la preceptiva en cuestión, pues esta precisa que la acción se adelantará por el "incumplimiento de las obligaciones del empleador", sin que incluya a los trabajadores independientes que no sufraguen los aportes dentro del plazo señalado para el efecto.

En ese evento, el sentenciador de la alzada no incurrió el desatino jurídico que le infiere el impugnante, pues en primer término, el tema de las acciones de cobro por parte del ISS al actor no fue materia de debate pues no se incluyó en la demanda ni en la apelación, y en segundo lugar, no es que el fallador de segundo grado ignorara el contenido de los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 100 de 1993, sino que simplemente, por no gobernar el tema puesto a su consideración, no entró al estudio de los mismos.
Ahora, frente al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el sentenciador de segundo grado no incurrió en el quebranto inferido por el recurrente, pues partiendo del hecho fáctico admitido que los aportes por los períodos de <enero de 1995 a febrero de 1996 se pagaron el 23 de mayo de 2006>, y los de <enero y febrero de 1997 se sufragaron el 26 de mayo y el 3 de junio de 2005> respectivamente, y que se trataba de un trabajador independiente, coligió que no se contabilizarían tales semanas para acceder a la pensión con base en 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 6º años de edad, por haberse pagado extemporáneamente, inferencia acorde con el criterio jurisprudencial según el cual "ninguna consignación podrá surtir efectos retroactivos", por lo que la entidad "administradora deberá imputar siempre los pagos a mensualidades futuras en los términos y oportunidades de que trata el Decreto 1406 de 1999" (radicación 35467 del 18 de agosto de 2010"

De manera similar se expuso en sentencia CSJ SL12503-2016, que reiteró:

Con la inferencia anterior, el ad quem pasó por alto que las cotizaciones canceladas en forma posterior al período al que se pretendían imputar, para el caso de los trabajadores independientes como lo fue la aquí demandante, no pierden validez, sino por el contrario, se deben aplicar a períodos posteriores al pago, tal como lo señaló esta Corporación en sentencia de casación CSJ SL 5634 2016, que reiteró las sentencias CSJ SL 13077 2014 y SL 5081 2015.

En efecto, en la primera se dijo lo siguiente:

"Esas contribuciones fueron realizadas por el actor como trabajador independiente, y si bien es cierto se hicieron en época posterior al ciclo que se pretendía cubrir, no por ello debían ser excluidas del haber de cotizaciones del afiliado, lo cual generó una distorsión en el Tribunal en su contabilización, pues no pierden validez, sino que debieron ser imputadas a periodos posteriores al pago como lo ha precisado la Corte entre otras, en sentencias CSJ SL13077-2014 y SL5081-2015.

En la primera de ellas, dijo textualmente la Corporación:

En ese contexto, explicó la Sala, que la inscripción a la seguridad social de los trabajadores independientes, se adoptó de manera obligatoria a partir de la L. 797/2003, la legislación no diseñó, paralelo a ello, como si lo hizo para los otros afiliados, un sistema de sanción de tipo pecuniario e inmediato, con el fin de recaudar dicha cartera vencida, como es la acción de cobro a favor de la entidad de seguridad social, lo cual no obedece a un silencio de la Ley, sino por el contrario, a su deliberado propósito de gravar únicamente con tal procedimiento a los obligados en el sistema de trabajadores dependientes, toda vez que el art. 28 del D. 692/1994 dispone que '...Tratándose de afiliados independientes, no habrá lugar a la liquidación de intereses de mora, toda vez que las cotizaciones se abonarán por mes anticipado y no por mes vencido'.

Igualmente, el art 35 del D. 1406/1999 establece que 'Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente'.

Llegados a este punto, brota una conclusión: los trabajadores independientes están obligados a efectuar su aporte 'por períodos mensuales y en forma anticipada', de manera que las 'novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente'; por tanto, las cotizaciones realizadas en forma 'extemporánea' si bien son eficaces, no surten efecto retroactivo.

Y en la segunda precisó:

(…) los afiliados al régimen subsidiado de pensiones se asimilan a trabajadores independientes, en lo que respecta al pago de los aportes a su cargo, por lo que sus cotizaciones deben hacerse de manera anticipada al sistema, de manera tal que nada impide que paguen sus aportes de uno o varios ciclos de manera adelantada y en una misma fecha de recaudo (…)
Surge de lo anterior, que los trabajadores independientes están autorizados para efectuar el pago de las cotizaciones "por periodos mensuales y en forma anticipada" (artículo 35 del Decreto 1406 de 1999), esto significa que los aportes que sufragó el demandante los días 25, 26 y 28 de junio de 2004, y 11 de mayo de 2005, aunque no podían aplicarse como él lo pretendía a ciclos anteriores, sí podían serlo a ciclos

> *futuros, porque a diferencia de lo que ocurre con los trabajadores dependientes en que la cotización se causa con la prestación del servicio, y por esa razón se admiten los pagos extemporáneos, en el evento de los independientes la cotización se causa con el pago, y éste debe hacerse como lo indica la norma citada, en forma anticipada."*

La anterior tesis fue rememorada por nuestro órgano de cierre en sentencia SL 2072 de 2019.

Conforme a lo anterior no son de recibo los argumentos esgrimidos por el A quo en su decisión, para aplicar tales cotizaciones pagadas de forma extemporánea a los ciclos de enero a diciembre de 1997, pues aquel consideró tenerlas en cuenta para dicha calenda, al no haber sido rechazadas por parte de COLPENSIONES, situación que no corresponde a la realidad, pues en efecto dicha entidad a través de la resolución DIR 3700 de 2018 (fl. 57 – 62) que desató el recurso de apelación interpuesto contra la decisión inicial que le negó la pensión de vejez, le puso de conocimiento al peticionario aquí demandante lo siguiente:

> *"Verificada la base de datos de Colpensiones, se evidenció que los pagos efectuados a pensión como independiente para los periodos de cotización 97/01 a 97/12 se realizaron de manera extemporánea, razón por la cual no se contabilizan en el total de las semanas cotizadas, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999. Ahora bien, teniendo en cuenta que el afiliado es el titular cotizante y pagador de las cotizaciones, tales inconsistencias pueden ser subsanadas a solicitud escrita por parte del mismo, quien de manera equivoca debe solicitar en un Punto de Atención al Ciudadano, se corrija cada ciclo de cotización aplicándolo a un ciclo posterior; teniendo en cuenta el cambio de IBL por anualidad, dado que por la variación del mismo se pueden ver afectados los días de cotización dentro de cada ciclo."*

Así las cosas, y retomando el conteo de semanas efectuado por la Sala, se tiene que el señor NESTOR BUSTAMENTE HINCAPIE, al haber nacido el 04 de agosto de 1937, arribó a la edad mínima de 60 años, en la misma diada del año 1997, fecha para la cual no contaba con la densidad mínima de 1.000 semanas cotizadas, pues sólo hasta el 19 de febrero de 2018, logró acreditar tal número de semanas, como tampoco contaba con 500 semanas sufragadas dentro de los últimos 20 años con anterioridad a la fecha del cumplimiento de tal edad, puesto que apenas alcanzó a acreditar en dicho interregno temporal 380,14 semanas.

Ahora bien, se debe precisar que las 1.000 semanas de cotización a que alude el Acuerdo 049 de 1990 y su Decreto aprobatorio 758 del mismo año, debían ser acreditadas con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, calenda en que feneció el régimen de transición por

vía de la reforma constitucional contenida en Acto Legislativo 01 de 2005, situación que no ocurrió en el presente caso, pues como bien se puede detallar el actor arribó a ese número de cotizaciones el 19 de febrero de 2018, sin que sea necesario entrar a determinar cuantas de esas cotizaciones fueron sufragadas a la entrada en vigencia del mentado Acto Legislativo, pues de itera, el señor NESTOR BUSTAMANTE HINCAPIE, no acreditó el mínimo de semanas exigidas en la norma anterior a la Ley 100 de 1993 antes de la fecha límite – 31 de diciembre de 2014 - para así conservar el régimen de transición.

Igualmente, se hace necesario señalar que aun revisando esta Colegiatura los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de vejez, el demandante tampoco cumple con las semanas allí exigidas, pues se reitera que tan solo cuenta con 1.031,57 semanas al 30 de septiembre de 2018, siendo necesarias 1.300 en la actualidad.

Por todo lo anteriormente expuesto, se ha de revocar la decisión de primer grado en lo relativo al reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante, pago de mesadas retroactivas, indexación y descuentos ordenados a cargo de COLPENSIONES, para en su lugar condenar a dicha entidad a reajustar el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fuera reconocida al actor, a través de la Resolución GNR 285875 del 26 de septiembre de 2016, cuya liquidación debe efectuarse conforme lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001 y teniendo en cuenta el valor de los aportes de las cotizaciones que adeuda COLTABACO S.A.S, quien se encuentra obligado al pago de los mismos a través del cálculo actuarial que determine Colpensiones.

Costas en esta instancia a cargo de COLTABACO S.A.S. y a favor del promotor del litigio, fíjense como agencias en derecho el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la sentencia número 027 del 18 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, para en su lugar **CONDENAR** a la ADMIINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reajustar el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fuera reconocida al señor NESTOR BUSTAMANTE HINCAPIE, a través de la Resolución GNR 285875 del 26 de septiembre de 2016, cuya liquidación debe efectuarse conforme lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001 y teniendo en cuenta el valor de los aportes de las cotizaciones que adeuda COLTABACO S.A.S, quien se encuentra obligado al pago de los mismos a través del cálculo actuarial que determine Colpensiones.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia número 027 del 18 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLTABACO S.A.S. y a favor del promotor del litigio, fíjense como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali) y a los correos personales de los apoderados judiciales de las partes.

DEMANDANTE: NESTOR BUSTAMANTE HINCAPIE
APODERADA: LILIANA HURTADO VALENCIA
Lilianahurtado1010@hotmail.es

DEMANDADO: COLPENSIONES
APODERADA: CATALINA CEBALLOS
www.worldlegalcorp.com

DEMANDADO: COLTABACO S.A.S.
APODERADO: JUAN FELIPE MOLINA ALVAREZ

Notificaciones3304@hotmail.com

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los magistrados,

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada

Rad. 004-2018-00259-01