



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JOSÉ ÁNGEL SALAZAR GARCÍA
DEMANDADO	Fabricato S.A. y Colpensiones
PROCEDENCIA	Juzgado 5º Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 005 2019 00317 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 122 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Pensión sanción o pago de cálculo actuarial
DECISIÓN	Modifica sentencia. Juez Laboral no tiene competencia para distribuir dineros que corresponden a la masa herencial

Hoy, **treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente a los recursos de apelación formulados por los apoderados del **demandante y de Fabricato S.A.**, al igual que el grado jurisdiccional de consulta para **Colpensiones**, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **José Ángel Salazar García**, quien falleciera durante el trámite procesal (24 de agosto de 2020), sucedido en este asunto por su cónyuge **Dalila Esther Taborda de Salazar**, y sus hijos **Martha Durley y José Edwan Salazar Taborda**, radicado único nacional 05001 3105 **005 2019 00317** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con los acuerdos del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto, estudiado, discutido y aprobado en sala virtual según acta de discusión N° **021**, el que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Pidió el demandante se declare que laboró para Fabricato S.A. **por espacio de 20 años y 6 meses, entre el 19 de diciembre de 1960 y el 28 de julio de 1981**, con retiro voluntario según acuerdo suscrito el 24 de julio de 1981, por lo que se debe condenar a la referida sociedad al reconocimiento y pago de la pensión contenida en el inciso 2o del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, a partir del 20 de mayo de 1992, con su primera mesada debidamente indexada, e indemnización moratoria de acuerdo a lo previsto en el artículo 8º de la Ley 10 de 1972 o en su defecto indexación. **Subsidiariamente**, pide se declare que la sociedad Fabricato S.A. está en la obligación legal de realizar los aportes, constituir **título pensional o cálculo actuarial entre el 19 de diciembre de 1960 y el 31 de diciembre de 1966 a favor de Colpensiones**, completando así 1.000 semanas en toda la vida laboral, cumpliendo la exigencia para causar pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación.

En sustento de ello afirma que, laboró de manera ininterrumpida al servicio de Fabricato S.A. **entre el 19 de diciembre de 1960 y el 26 de julio de 1981**, mediante contrato a término indefinido, culminando la relación por mutuo acuerdo suscrito el 24 del último mes referido. Que fue afiliado al sistema pensional el **01 de enero de 1967**. El 02 de noviembre de 2018 formuló derecho de petición tendiente a obtener el pago del título o bono pensional por el lapso restante, con respuesta negativa por parte de Fabricato S.A., a pesar de que *incumplió con su deber legal de aportar por el tiempo ya laborado por el trabajador demandante, pues la ley no se lo prohibía y por el contrario creaba la forma en la cual el sistema cubriría las contingencias aseguradas de invalidez, vejez y muerte del empleado que entrego su fuerza de trabajo para beneficio de la compañía. Al respecto, el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, cuerpo normativo que ordenó que el ISS asumiera, entre otros, el riesgo de vejez en sustitución de las pensiones de jubilación que correspondían a los empleadores; y estableció dicha cobertura, no prohibió que se efectuaran*

aportes por los periodos ya laborados. Nació **el 20 de mayo de 1932** arribando a 60 años en igual calenda del año 1992. El 09 de diciembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES pensión de vejez, negada con Resolución SUB2724 del 09 de enero de 2019. El 24 de septiembre de 2014 formuló a Fabricato derecho de petición tendiente al reconocimiento de pensión por retiro voluntario o **pensión restringida de jubilación**, el 12 de febrero se le advirtió que no había lugar a tal prestación, porque se retiró de manera voluntaria y por tanto la misma está a cargo de Colpensiones, además adelantó proceso ante el Juzgado Laboral del Circuito de Bello, en el que fue absuelta la compañía, siendo la pretensión el reconocimiento de pensión plena de jubilación contemplada en el artículo 260 del C. S. del T.. Puntualiza que el retiro voluntario le generó un derecho adquirido, y el salario devengado para ese momento era de \$17.790,00 como se informa en la historia laboral.

En auto del **12 de junio de 2019** se admitió y ordenó dar trámite a la acción, enteradas de la actuación las demandadas allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones acepta como cierta la afiliación del demandante al sistema pensional el 1º de enero de 1967, cotizando hasta el 26 de julio de 1981 un total de **760,14 semanas**, su fecha de nacimiento, la solicitud de pensión elevada el 09 de noviembre de 2018 y la respuesta negativa. Los demás supuestos no le constan. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las **excepciones** de inexistencia de la obligación de recibir los aportes a la seguridad social en pensiones hasta que se acredite la existencia de la relación laboral, inexistencia de responsabilidad de Colpensiones frente al no pago de aportes a la seguridad social o pago deficitario, inexistencia de la obligación de pagar pensión de vejez, retroactivo pensional e intereses moratorios, improcedencia de la indexación, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, compensación, descuento de aporte a salud sobre el retroactivo y la genérica.

Fabricato S.A., acepta la existencia de relación laboral con el demandante, los extremos de la misma y el tiempo total trabajado; frente a la terminación del vínculo se atiene al contenido literal del acuerdo celebrado entre las partes el 24 de julio de 1981. Agrega que el sistema de seguridad social en pensiones comenzó cobertura en el Municipio de Bello Ant., sede de la sociedad, a partir del 01 de enero de 1967, por tanto, a partir de esa fecha tenía obligación de realizar las cotizaciones correspondientes; entre el 19 de diciembre de 1960 y el 30 de diciembre de 1966 no existía imperativo normativo que exigiera dichos aportes. Es cierto que el demandante elevó derecho de petición el 02 de noviembre de 2018, solicitando la constitución de título o bono pensional por este último lapso, indicándosele que solo a partir del 1º de enero de 1967 surgió la obligación de inscribir a los trabajadores a los seguros sociales obligatorios y efectuar cotizaciones para los riesgos de IVM. La inscripción del demandante al ICSS – Caja de los Seguros Sociales de Antioquia data del 01 de enero de 1963. No le consta la totalidad de semanas que cotizó en toda la vida laboral. La empresa no incumplió los deberes legales que como empleador le corresponden. Son ciertas la solicitud y respuesta a que se refiere el hecho 12. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan. **Se opuso a la prosperidad de las pretensiones**, pues judicialmente quedó definido que a la entrada en vigencia del sistema pensional, 1º de enero de 1967, el trabajador no contaba con 10 años continuos o discontinuos servidos y por tanto el riesgo fue subrogado en el ISS; en cuanto **al pago de título pensional**, si bien conoce la postura actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no la comparte, porque impone obligaciones retroactivas, toda vez que para la época no existía el deber de afiliación, y en el evento de acogerse esta pretensión no es posible aplicar para su liquidación la fórmula que trae el Decreto 1887 de 1994, por incluir esta intereses compuestos. Propuso **las excepciones** de inexistencia de la obligación de pagar pensión del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, de indexar la primera mesada, de asumir el pago del título pensional, de reconocer y pagar intereses moratorios, al igual que las de prescripción extintiva, buena fe, compensación y pago.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, declarando la existencia de contrato de trabajo entre Fabricato S.A. y José Ángel Salazar García (Q.E.P.D.), con **extremos temporales entre el 19 de diciembre de 1960 y el 26 de julio de 1981**; condenó a Fabricato S.A. en calidad de ex empleador del señor Salazar García, a reconocer y pagar a Colpensiones, **la reserva actuarial, previo cálculo actuarial que corresponde** a los aportes que debió realizar la empresa entre el 19 de diciembre de 1960 y el 31 de diciembre de 1966; condenó a Colpensiones a realizar el cálculo actuarial a fin de tasar su valor, el que deberá pagar Fabricato S.A. por el referido lapso, junto con los intereses moratorios a que haya lugar, para lo que dispuso librar oficio que deberá retirar el demandante y radicarlo en Colpensiones y una vez la entidad tenga el cálculo de la reserva, deberá ponerlo en conocimiento del Juzgado y de las partes, para que Fabricato S.A. proceda en el menor tiempo posible a realizar el pago, debiendo la sociedad efectuar el cálculo de manera colaborativa y armónica con Colpensiones, sin que haya lugar a imponer intereses moratorios a Fabricato S.A.. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar al señor **José Ángel Salazar García, pensión de vejez con causación y disfrute a partir del 20 de mayo de 1992 y hasta la fecha de su muerte, en cuantía mensual correspondiente a \$144.220 para 1992, 14 mesadas al año, sin perjuicio del mayor valor que le ofrezca el cálculo de la pensión a Colpensiones, teniendo en consideración los salarios certificados por Fabricato S.A. entre el 19 de diciembre de 1960 y el 31 de diciembre de 1966;** condenó a Colpensiones a reconocer y pagar el valor de las mesadas causadas entre el 02 de noviembre de 2015 y el 24 de agosto de 2020, fecha de fallecimiento del demandante, por concepto de retroactivo pensional, liquidadas en la suma de \$62.186.238, luego del descuento del aporte a salud y la compensación del monto entregado por indemnización sustitutiva de pensión de vejez, cifra que radicó en un 50% para la señora Dalila Ester Taborda de Salazar en calidad de cónyuge sobreviviente y 25% para cada uno de sus hijos Martha Durley y José Edwan Salazar Taborda, montos que deberán ser indexados por Colpensiones, incluso el mayor valor que obtenga la entidad en relación con los salarios

reportados por Fabricato S.A. entre diciembre de 1960 y el 31 de diciembre de 1966, y en caso de mayor valor de la mesada pensional, sobre el mismo proceden los descuentos del aporte a salud; declaró la prosperidad de la excepción de inexistencia de la obligación de pagar pensión del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y del pago de intereses moratorios y la prosperidad parcial de las de compensación y prescripción, los demás medios de defensa quedaron implícitamente resueltos; absolvió a Fabricato S.A. de las demás pretensiones y gravó con costas a las accionadas, fijando el monto de las agencias en derecho para cada una.

Luego de desestimar la excepción de cosa juzgada, por haberse pretendido en juicio anterior la pensión prevista en el artículo 260 del C. S. del T. y en este la restringida de jubilación a cargo del empleador, o en subsidio la de vejez a cargo del ISS hoy Colpensiones, argumentó el fallador que al haber laborado el demandante para la sociedad accionada por tiempo superior a 20 años, con afiliación al sistema desde el 01 de enero de 1967, cuando inició la cobertura del Instituto de Seguros Sociales, con tal lapso causa la pensión ordinaria de vejez a cargo del sistema pensional y no la restringida de jubilación por cuenta del empleador, por haberse subrogado ese riesgo en la entidad de seguridad social al no tener 10 años de servicio al 31 de diciembre de 1966, siendo responsabilidad de la sociedad Fabricato S.A. la cancelación del cálculo actuarial por el lapso comprendido entre el 19 de diciembre de 1960 y el 31 de diciembre de 1966, para lo que debió efectuar la correspondiente reserva, debiéndose aplicar para efectos de la liquidación la fórmula que trae el Decreto 1887 de 1994, sin que haya lugar a los intereses de mora por no estarse ante aportes de esa naturaleza, impartiendo las ordenes a que ya se hizo alusión, y una vez validado ese lapso, sumado a las semanas que reporta la historia laboral obtuvo un total de 1.075, con las que satisface la densidad del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que le dan derecho a la pensión ordinaria de vejez con causación y disfrute a partir de la fecha en que arribó a 60 años, **20 de mayo de 1992, pero como reclamó a Colpensiones el 09 de noviembre de 2018, prescribieron las mesadas causadas antes del**

de 02 de noviembre de 2015, liquidando la mesada, considerando para el lapso en que se ordena el pago de cálculo actuarial un IBC equivalente al salario mínimo, que Colpensiones deberá modificar en el evento de ser superior, calculando el retroactivo causado entre el 02 de noviembre de 2015 y el 24 de agosto de 2020, fecha de fallecimiento del demandante, y distribuyéndolo entre los sucesores procesales en aplicación de lo previsto en el artículo 1045 del Código Civil. Compensó el monto cancelado al fallecido por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez, descontó el aporte a salud y gravó con costas a las accionadas, fijando el monto de las agencias en derecho para cada una.

El recurso de apelación fue oportunamente interpuesto así:

El apoderado **de la parte demandante**, insiste en el otorgamiento de la pensión por retiro voluntario bajo la regulación del inciso 2º del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, ello al haberse dado el retiro voluntario con más de 15 años de servicio, la que debió pagarse a partir de la edad de 60 años, cita como sustento apartes de las sentencias SL 15606 de 2016 y SL5171 de 2020 referidas a pensiones convencionales que reproducen el referido texto legal, debiendo otorgarse entonces tal prestación con la indemnización prevista en el artículo 8º de la Ley 10 de 1972 ante la mala fe de Fabricato al resolver los derechos de petición, pues negó tal prestación y el pago de las cotizaciones, aportando al sistema solo 14 años que le permitieron al afiliado acceder a una indemnización sustitutiva, argumentando la empleadora que con la vinculación al sistema subrogó en la entidad de seguridad social el riesgo de vejez, cuando la Corte ha enseñado lo contrario, como se lee en sentencia 30766 de 2007 que rememora las con radicados 29406, 28733, fijando el criterio mayoritario actualmente sostenido entre otras en la SL15025 de 2017, debiéndose reconocer mesadas desde el año 1992, sin que se evidencien circunstancias de buena fe, pues la tardanza en reconocer y pagar la pensión no tuvo fundamento jurídico válido, actuando en disparidad con los criterios doctrinales y jurisprudenciales, siendo una conducta reiterada tanto ante la reclamación

directa como al contestar la demanda y en la etapa de conciliación. Pide revocar la absolución y acoger las pretensiones principales.

Fabricato S.A., apela única y exclusivamente la orden de pagar la reserva actuarial conforme a la formula prevista en el Decreto 1887 de 1994, sin cuestionar la no imposición de intereses de mora. Explica que aunque entiende la postura del despacho, fundamentada en decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, lo cierto es que la jurisprudencia se construye en las instancias inferiores, donde los jueces abordan los conflictos jurídicos que llegan a su conocimiento y se ven enfrentados a las realidades que no han regulado situaciones anteriores. Para la recurrente es claro que la Corte ha indicado que es procedente aplicar el Decreto 1887 de 1994 para los casos de omisión de afiliación antes de Ley 100, como se pudo evidenciar de la jurisprudencia citada por el juez, pero hay varios reparos, pues no existe omisión de afiliación sino omisión del legislador, quien antes de iniciar cobertura del sistema no reguló de qué forma iba a ser paulatina o que abarcara a todas las poblaciones del país en igual medida y antes del sistema general de pensiones de la Ley 100 existía un régimen anterior y a ese se refiere la Ley 100, para quienes antes de ella no se hubieren afiliado, pero no estamos en régimen anterior porque antes del año 1967 no existía la obligación de afiliarse, entonces en esa medida si se desmenuza la reflexión de la Corte en el sistema anterior ya Fabricato tenía afiliado al trabajador desde el 1º de enero de 1967 y en esa medida no sería dable aplicar esa jurisprudencia para situaciones anteriores a tal calenda, momento en que apenas estaba entrando en vigencia el sistema y no existía normatividad aplicable, ni que regulara la forma como se pagan los tiempos laborados no cotizados por ausencia de expresa disposición legal, entonces los principios del derecho laboral indican que una normativa sancionatoria no se puede aplicar de manera analógica, por remisión o retrospectivamente, es necesario acudir a los principios generales del derecho y a los principios que rigen la vigencia de las normas laborales, pues aplicar un decreto para situaciones vigentes hace más de 40 años estaría sin lugar a dudas vulnerando los derechos de defensa y debido proceso del empleador, y si bien es la postura adoptada por la Corte no

es exhaustiva, por lo que es ante los jueces donde efectivamente se analizan las nuevas situaciones de cara a la realidad material que conlleva a efectivamente concluir que no es posible aplicar la referida norma. Agrega que aun cuando el despacho señaló únicamente el pago de la reserva actuarial, no es viable aplicar una disposición normativa sancionatoria de la manera en que se hace, pues insiste, y en ello se funda el recurso, lo procedente es ordenar el pago de los aportes no cancelados por ausencia de disposición legal, pero no atendiendo la formula regulada en el artículo 3º del Decreto 1887 de 199.

Reitera la profesional, que sin ser objeto de apelación se debe mantener la decisión tendiente a que no hay lugar a imponer interese moratorios frente a la suma que se llegue a cancelar; y frente al recurso de la parte actora, refuta cualquier actuación de mala fe, pues la empresa siempre se ha ceñido a los preceptos legales, obedeciendo justamente a su desconocimiento o falta de una adecuada asesoría el no poder identificar la prestación a su cargo y que el encargado de su pago era el ISS, pero ello no puede llevar a concluir que se actuó de mala fe, pues no ha sido omisiva y solo a partir de 2014 se unificó la jurisprudencia frente al pago de títulos pensionales, sosteniéndose con antelación la tesis de inmunidad de los empleadores, luego las decisiones de Fabricato frente a los reclamos del demandante se basaron en la postura jurisprudencial vigente.

En favor de **Colpensiones** se conoce en grado jurisdiccional de consulta, en los términos del artículo 69 de C. P. T. y de la S.S.

De la oportunidad para presentar alegatos ante esta instancia hizo uso la apoderada judicial de **Colpensiones**, quien advierte que el demandante no cumple con los requisitos exigidos para causar pensión de vejez, pues no tiene cotizadas 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad y tampoco 1.000 en cualquier época, sin que se haya incurrido en mora por parte del empleador pues lo que existió fue falta de afiliación y por tanto la entidad no tenía acciones de cobro, habiéndose consolidado el derecho pensional desde el

20 de mayo de 1992, por lo que no le son aplicables las normas de la Ley 100 de 1993.

Finalmente solicita la exoneración de la condena en costas procesales porque la entidad ha venido actuando conforme a los lineamientos establecidos en el ordenamiento jurídico y solo con el inicio de este trámite es que surge la obligación de reconocer y pagar la pensión otorgada al demandante ya fallecido y si bien es cierto previamente reclamo, no reunía los requisitos para su otorgamiento. Razones por las que se debe revocar la sentencia e impartir decisión absolutoria.

La apoderada del **demandante**, indica que quedando aceptado el tiempo de prestación de servicio a la sociedad demandada de manera ininterrumpida entre el 19 de diciembre de 1960 y el 26 de julio de 1981, se reclama como pretensión principal la pensión voluntaria consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, normativa aplicable al consolidarse el derecho en la última fecha, esto es antes de la vigencia de las Leyes 50 de 1990 y 100 de 1993, preceptos que no derogaron ni reemplazaron la pensión sanción o proporcional por retiro voluntario por la de vejez que asumió el ISS con la expedición de la Ley 90 de 1946, pues la misma está a cargo exclusivo del empleador y tiene como finalidad la garantía de estabilidad en el empleo o penalizar el despido injusto, como se explica en sentencia SL15025-2017.

Agrega que la afiliación al ISS y el pago de cotizaciones desde enero de 1967 no conllevan la desaparición de la pensión restringida reclamada, pues insiste, la creación del ISS no pretendió subrogar las presentaciones especiales a cargo del empleador. Cita aparte de la sentencia SL1259-2020 y luego refiere las SLS15605-2016 rememorada en la SL526-2018, para evidenciar que el hecho de haber laborado el trabajador por espacio superior a 20 años no es impedimento para el otorgamiento de la prestación reclamada.

Puntualiza que es evidente el perjuicio sufrido por la parte actora, pues reclamó la pensión aquí pretendida sin obtener respuesta favorable de su empleador, por lo que no surgen fundadas las circunstancias indicativas de buena fe de la demandada, pues como se avizora diáfananamente, la tardanza en reconocer y pagar la pensión de su trabajador retirado voluntariamente no tuvo fundamento jurídico válido, ni actuó bajo alguna disparidad de criterios doctrinales y/o jurisprudenciales, simplemente la empresa quiso desconocer el derecho pensional, por lo que solicita se acoja la pretensión principal, incluida la indemnización contemplada en el artículo 8º de la Ley 10 de 1972.

La apoderada de **Fabricato S.A.**, pide confirmar la decisión al quedar acreditado con el material probatorio un tiempo laborado de 20 años, 7 meses y 7 días, siendo el objetivo de la pensión restringida amparar a aquellos trabajadores que no alcanzan a cumplir el tiempo requerido por el Decreto 2663 de 1950 para causar pensión legal de jubilación; luego, si el trabajador supera los 20 años de servicio se ubica en el marco de la pensión plena contemplada en el artículo 260 CST y hace inoperante la restringida de jubilación, como aquí ocurre. Para ilustrar su argumento cita apartes de la sentencia SL17704-2015 que rememoró la 35251 del 05 de febrero de 2009, precisando que para el 01 de enero de 1967, cuando entró a regir el sistema pensional, el actor llevaba menos de 10 años laborados, subrogándose totalmente el empleador en el riesgo pensional.

En cuanto al pago del título pensional, reitera que la empresa no fue omisa en las cotizaciones, y luego de citar las normas que estima son las que regulan el tema, concluye que no es dable la liquidación de intereses compuestos, cuando la mora en el pago de la reserva nunca obedeció a actuaciones omisivas del empleador sino legislativas, agregando que NUNCA se ha desvinculado al trabajador de su obligación de pagar un porcentaje por su aporte, de ahí que el argumento de que el empleador tiene que asumir el 100% del título pensional se encuentra alejado de la realidad material y jurídica que envuelve este tipo de casos, pues el trabajador también debe participar en el pago de la reserva

actuarial - **aclara la sala que este último argumento se plantea solo en la etapa de alegaciones, sin que sea la oportunidad procesal para ampliar las inconformidades planteadas en la alzada,** limitadas en forma exclusiva al tema de la liquidación de la reserva actuarial.

Solicita analizar las premisas legales expuestas y **por lo menos leer la providencia T – 281 de 2020 que recoge y analiza realmente la situación como fue, y disponer la revocatoria de la sentencia de primera instancia en lo que fue objeto de apelación.**

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

La pretensión principal del demandante se orienta a obtener de la sociedad Fabricato S.A., el reconocimiento y pago de la pensión proporcional al tiempo de servicio, por retiro voluntario, contenida en el inciso 2º del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, a partir de la fecha en que arribó a los 60 años de edad, junto con el pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 8º de la Ley 10 de 1972, y en ello insiste en el recurso de alzada y en el escrito de alegaciones ante esta instancia; y en caso de no tener acogida sus planteamientos pide mantener la decisión de primer grado en cuanto acoge la súplica subsidiaria.

El texto literal de tales preceptos, es su orden, es el siguiente,

Art. 8º Ley 171 de 1961: El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido

cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha de despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

Artículo 8º Ley 10 de 1972. *Si noventa (90) días después de acreditado legalmente el derecho a disfrutar de pensión de jubilación, invalidez o retiro por vejez, tal derecho no ha sido reconocido ni pagado, la empresa o patrón obligados a efectuar dichos reconocimientos y pagos, deberá cubrir al interesado, además de las mensualidades pensionales hasta el día en que el pago de la pensión se verifique, suma igual al salario que el beneficiario de la prestación venía devengando.*

En los hechos fundamento de la acción advierte que el trabajador nació el **20 de mayo de 1932**, lo que se da por demostrado con la documentación aportada; que laboró al servicio de Fabricato S.A. **entre el 19 de diciembre de 1960 y el 26 de julio de 1981, con afiliación al sistema pensional el 1º de enero de 1967, esto es cuando tenía menos de 10 años laborados**, supuestos que se aceptan por la sociedad accionada, y quedan acreditados con la prueba aportada, advirtiéndose que solo a partir del **1º de enero de 1967** se dio el llamado a cobertura en el sistema pensional, y por tanto, a pesar de obrar en el expediente aviso de entrada del trabajador a la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia, con fecha **1º de enero de 1963** fl. 37, 45 y 144, **solo desde enero de 1967 se efectuaron aportes**, sin que antes existiera norma que regulara este tema.

Pues bien, es preciso indicar que para el año 1945, aparte de las prestaciones comunes reguladas en el C. S. del T., también estaban a cargo del empleador las especiales de jubilación, auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio, hasta tanto fueran asumidas por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dictara

el mismo instituto; señalándose como requisitos para la pensión vitalicia de jubilación o vejez, a cargo de empresas con capital superior a \$800.000, la edad de 55 años para los hombres, 50 para las mujeres y 20 años de servicios continuos o discontinuos a la misma, causándose así una pensión plena (arts. 259 y 260 del C. S. del T.).

Con la Ley 90 de 1946 se creó el Instituto de Seguros Sociales, y en su artículo 72 dispuso: ***Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso.*** Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores, disponiéndose entonces una cobertura y subrogación de riesgos de manera gradual, previa afiliación y pago del correspondiente aporte, que inició el 1º de enero de 1967 con la expedición del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, estatuto que estableció en los artículos 60 y 61 la obligación de aprovisionamiento frente a los trabajadores que para tal calenda ingresaban como afiliados obligatorios y tenían más de 10 y menos de 20 años de servicios, pues estos quedaban dentro de un régimen de transición que les permitía pensionarse directamente con el empleador al cumplir las exigencias del artículo 260 del C. S. del T., sin perjuicio de seguir cotizando para que al cumplir los requisitos para pensión de vejez dentro del sistema pensional quedara subrogado en tal riesgo, y a su cargo solo el mayor valor si a él había lugar.

De acuerdo con la normativa **legal**, existen tres condiciones jurídicas en las que podían encontrarse los trabajadores a la fecha de llamado a cobertura por parte del sistema pensional (1º de enero de 1967):

- Los que al momento en que el ISS asumió la cobertura del riesgo de vejez tenían adquirido el derecho pensional bajo las condiciones del artículo 260 del C. S. del T., por cumplir concurrentemente los requisitos de edad y

tiempo laborado, o por haber satisfecho este último quedando únicamente a la espera de arribar a la edad. Frente a estos no se dio subrogación del riesgo y la prestación continuo rigiéndose por la referida norma.

- Trabajadores con más de 10 años de servicios a favor de una misma empresa al momento de asumirse el riesgo por parte del ISS, estos conservaron el derecho a acceder a la pensión de jubilación bajo la regulación del artículo 260 del C. S. del T., pero se permitía al empleador continuar con los aportes hasta cumplirse los requisitos de los reglamentos del Instituto para causar la pensión de vejez, quedando a su cargo a partir de entonces el mayor valor, en caso de existir, surgiendo así la figura de la **compartibilidad pensional**.
- Los trabajadores que a la fecha de llamado a cobertura para el riesgo de vejez, tenían menos de diez años de servicios al empleador, evento en el cual su situación quedaba sujeta a los reglamentos del ISS, sin reconocimiento de aportes ni ningún tipo de prestación por parte del empleador, operando frente a estos la subrogación total del riesgo de vejez, sin obligación alguna para el empleador, razón por la que los tiempos anteriores al llamamiento a inscripción no se tenían en cuenta para una eventual pensión de jubilación a cargo de la empresa y tampoco como tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales, salvo que el contrato se encontrara vigente para la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, exigencia final que se ha modulado vía jurisprudencial.

Luego, con la afiliación del señor Salazar García por parte del empleador al ICSS a partir del 1º de enero de 1967, es evidente que para tal calenda no tenía más de 10 años de servicio, y como alcanzó más de las mil semanas en toda la vida laboral, computando **760** conforme se relaciona en historia laboral visible a fls. 57 y ss. y se admite por **Colpensiones en la Resolución SUB2724 del 09 de enero de 2019, que le niega la pensión de vejez reclamada en 09 de**

noviembre de 2018, con las que se validan mediante el mecanismo del cálculo actuarial, por el lapso comprendido entre el 19 de diciembre de 1960 y el 31 de diciembre de 1966 (314,70), la prestación a reconocer es la pensión plena de vejez, a cargo de la entidad de seguridad social, subrogándose Fabricato S.A. en tal riesgo, como pasa a explicarse, sin que le asista razón al apoderado recurrente en su argumentación, máxime cuando cita como fundamento providencias en las que se analizan derechos convencionales que operan de manera diferente, estándose en este caso frente a un asunto de carácter legal.

En sentencia 37441 del 21 de julio de 2010, se explica:

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha proclamado que, en aquellos casos en que se solicita la pensión proporcional, cuando se tienen más de 20 años de servicios, no hay lugar a aquélla, por razón de que, en tal evento, el trabajador no ve frustrado el derecho a recibir la pensión plena de jubilación. Así lo expuso, entre muchísimas otras, en la sentencia del 5 de julio de 1996, radicación 8403, citada, entre varias en las del 30 de septiembre de 2002, radicación 18676 y 29 de enero de 2003, radicación 18808.

Con el artículo 33 literal c) de la Ley 100 de 1993, surgió la posibilidad de computar, para efectos de la pensión de vejez, los tiempos al servicio de empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento directo de la misma, bajo la condición de la permanencia del vínculo laboral a la fecha de entrada en vigencia de tal estatuto, requisito este inaplicado por la jurisprudencia constitucional, entre otras en sentencia T 814-2011, reiterada en la T 194-2017, tesis también adoptada por la jurisprudencia especializada. La norma en comento contempla que, para añadir dicho lapso, se requiere que el trabajador o la caja, según el caso, trasladen con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, representado en un bono o título pensional.

Pese al contenido del precepto, inicialmente tanto la jurisprudencia constitucional como la especializada, pregonaron la tesis de inmunidad del

empleador frente a los tiempos de servicio anteriores al llamado a cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales, al no existir fundamento legal que dispusiera lo contrario, posición que fue modificada a partir de la aplicación de criterios constitucionales en aras de la garantía del acceso efectivo del trabajador al derecho fundamental a la seguridad social; es así como en sentencia T – 784 de 2010, se argumenta que la Ley 90 de 1946 impuso a los empleadores la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesario para efectuar las cotizaciones al sistema de seguro social, tiempo que se validaría mediante **cálculo actuarial**, de acuerdo al salario devengado por el trabajador en el lapso laborado sin cotización, lo que se reitera, entre otras, en las T – 712 de 2011, T-410 de 2014, T – 435 de 2014, en esta última ordenando el pago de aportes indexados.

Y la jurisprudencia especializada, en la sentencia SL 046 de 2020 hace el recuento de la evolución jurisprudencial sobre el tema en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicando que:

...en sentencia del 18 de abril de 1996, radicado 8453, sostuvo que no era responsabilidad de los empleadores la no afiliación de sus trabajadores durante la época en que el Instituto de Seguros Sociales no había asumido la cobertura de los riesgos de IVM, en los municipios en los que dichos servidores laboraban, pues se entendía que la obligación del ISS de pagar por los riesgos de invalidez, vejez y muerte empezaba en el momento mismo en que los asumía, vale decir, cuando se iniciaba la cobertura de tales riesgos en las zonas geográficas del territorio.

No obstante, en decisión mayoritaria CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 32922, la Corporación varió su posición y estimó que cuando existiere falta de cobertura del sistema general de pensiones en determinado territorio, se hacía necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, entendidos como todos aquellos en que se prestó el servicio sin que se efectuaran aportaciones a una entidad de seguridad social, fueran «habilitados», a través de cálculos actuariales o títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de pagos exigida por la ley.

Sin embargo, a través de la sentencia CSJ SL, 10 jul. 2012, rad. 39914, la Sala volvió a reexaminar el tema, reevaluó la anterior tesis y afirmó que no se le podía atribuir al empleador el pago de cotizaciones al ISS durante un lapso en el que no existió cobertura legal en determinado espacio geográfico, dado que no tenía la obligación de afiliarlo a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lo que se traducía, «en un hecho no imputable a aquél».

Empero, en la sentencia CSJ SL9856-2014, la Sala procedió a consolidar el nuevo y actual criterio, pues, como quedó expuesto, se habían presentado diversos discernimientos al respecto, que lograban ofrecer cierta confusión en torno al tema.

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

Reiterándose la conclusión a la que se llegó en sentencia SL17300-2014:

... si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo 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 desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustró ese mismo derecho.

El patrono, por tanto, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía.

Por demás, la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede tener tan drástica repercusión frente a derechos sociales y, si bien podría oponerse la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador, principios y valores de orden superior deben prevalecer en casos como el presente.

Criterio que se ha extendido hasta tal punto que se le ha reconocido al trabajador el derecho de recuperar los tiempos no cotizados, sin importar la razón que tuvo el empleador para dejarlo de afiliar. Así, dicha solución se emplea en los eventos en que la ausencia de afiliación se hubiera dado por e independientemente de si el contrato de trabajo se encontraba vigente o no cuando entró a regir la Ley 100 de 1993. Todo ello, en apoyo de la evolución de la normatividad reflejada en disposiciones como el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 (sentencia CSJ SL939-2019), los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 y, así mismo, con base en los

principios de la seguridad social, tales como la universalidad, unidad e integralidad *«que velan por la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores [...] a través de un sistema único, articulado y coherente, que propende por eliminar la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad»*.

Se debe agregar que la **fuerza mayor no puede invocarse como eximente de responsabilidad** en los casos en que los empleadores no afiliaron a su trabajador al ISS, pues tal situación, **ya sea por falta de cobertura** o por impedimentos por situaciones derivadas de actuaciones de terceros, no implica, de modo alguno, que dicho trabajador pierda las semanas laboradas para efectos pensionales, toda vez que la empleadora conserva las responsabilidades pensionales derivadas del vínculo de trabajo, ver entre otras sentencias SL19556-2017 y SL046-2020.

Y en cuanto a la formula a aplicar para liquidar la reserva actuarial, debe ceñirse esta Corporación a lo que sobre el particular ha indicado la jurisprudencia especializada y constitucional, ampliamente explicada por el fallador de primer grado y por la Sala de Casación Laboral, entre otras en sentencia SL16086-2015, radicado 54226, sin que tengan acogida los argumentos expuestos por la apoderada de la sociedad demandada, toda vez que no son los jueces de instancias inferiores los que unifican criterio, sino la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, amén de lo precisado por el inciso 2º del artículo 7º del C. G. del P., en concordancia con la sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, en la que el órgano de cierre de esta especialidad exhorta a acatar el precedente vertical, en aras de la garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad, pudiendo apartarse del mismo siempre y cuando se cumpla con una carga argumentativa transparente y suficiente,

... mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un

desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015).

Sin que se superen en este caso tales supuestos, sino que por el contrario la identidad fáctica de los casos ya analizados por la alta corporación es total frente al que se decide en esta ocasión y sin que se haya operado un cambio normativo o transformaciones sociales que obliguen a nuevas consideraciones, por lo que no tienen acogida tales planteamiento, quedando claramente diferenciado que no se trata de aportes en mora, sino de **omisión de afiliación**, adoptándose una formula unánime para validación de tales tiempos mediante el correspondiente cálculo actuarial, en cualquiera de las hipótesis ya indicadas, falta de cobertura del sistema de seguridad social, por omisión pura y simple del empleador o por la creencia del empleador de no encontrarse regido por una relación laboral, sin que a juicio de la Sala tenga sea viable acoger la tesis aislada planteada en sentencia **T 281-2020**, citada en esta instancia por la apoderada de la sociedad Fabricato S.A., porque como ya se dijo es un argumento de defensa nuevo, y aun conociendo el contenido de la decisión, esta cuenta con salvamento de voto que acoge el criterio mayoritario de esa alta Corporación, fundado en el deber de aprovisionamiento impuesto al empleador por la Ley 90 de 1946, tema que en idéntico sentido ha desarrollado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Luego, razón le asistió al fallador al acoger la **pretensión subsidiaria, en cuanto dispuso que Fabricato S.A. debe pagar a Colpensiones la reserva actuarial** correspondiente a los aportes que debió realizar a favor de su ex trabajador José Ángel Salazar García por los periodos comprendidos entre el **19 de diciembre de 1960 y el 31 de diciembre de 1966, modificándose la orden impartida para** indicar que **Fabricato S.A. deberá informar a Colpensiones, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de los salarios percibidos por el señor José Ángel Salazar García en ese lapso;** una vez recibida tal

información **Colpensiones** dentro de los **30 días siguientes liquidara el valor a cancelar por cálculo actuarial** y notificara el mismo a la sociedad **Fabricato S.A., quien deberá pagarlo a entera satisfacción dentro de los 30 días siguientes**, procediendo Colpensiones, una vez recibido su monto a consolidar la historia laboral y a liquidar la pensión de vejez que hubiere correspondido al señor Salazar García, **pagando a favor de la masa sucesoral el retroactivo causado entre el 09 de noviembre de 2015 y el 24 de agosto de 2020, al haber fallecido el señor Salazar García en esta última calenda**, tal como se advierte en registro civil contenido en el documento número 5 del expediente digital, y si bien es cierto operó una sucesión procesal en su cónyuge y dos hijos, como quedó consignado en auto del 22 de abril de 2021 (documento 9 del expediente digital), tal crédito no puede reconocerse individualmente como lo hizo el a quo, por ser un asunto ajeno a esta jurisdicción. Sobre el particular el artículo 1155 del Código Civil señala que fallecida una persona, los derechos y obligaciones cuya titularidad ostentaba entran a formar el estado de **indivisión de la sucesión**. Esta comunidad herencial es universal, está caracterizada por comprender cuanto por ley transmite el causante al morir, por activa y por pasiva, pero carece por si misma de capacidad de derecho, no actúa como persona ni activa ni pasivamente, actúan son los titulares de derechos, los sucesores a título universal, y por ello el pago se debe hacer a la **masa sucesoral**.

La indexación de las sumas adeudadas, encuentra fundamento en los artículos 48 y 53 superiores, en principios de equidad y justicia y en el criterio actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ello en aras del restablecimiento de su poder adquisitivo, depreciado por efectos del fenómeno inflacionario que permea la economía nacional, **pero opera por doble vía**, entonces, aunque es correcta la orden impartida en cuanto a la actualización del valor a pagar a los herederos por concepto de mesadas pensionales, **también hay lugar a actualizar el valor cancelado al afiliado por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez** (según resolución 008859 del 21 de mayo de 2004), aplicando la correspondiente formula **al momento**

de su compensación, punto en que vía consulta se adiciona la decisión.

En cuanto a la condena en costas, **se analiza en grado jurisdiccional de consulta**, no hay lugar a la misma frente a **Colpensiones**, pues en sus **decisiones se sujetó al marco legal**, sin que tuviera acciones de cobro ante Fabricato S.A., por no estarse ante aportes en mora sino ante **omisión de afiliación por ausencia de cobertura. Se revoca la misma frente a esta entidad.**

Finalmente, cabe indicar, como lo hace la apoderada de la Sociedad Fabricato S.A., que sobre el tema se han tenido diferentes posturas jurisprudenciales, como quedó evidenciado en párrafos precedentes, definiéndose asuntos idénticos de manera diversa, luego no es posible catalogar la conducta de la referida sociedad como un actuar de mala fe.

Ante el resultado adverso de los recursos para ambas partes y por conocerse en grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, no hay lugar a condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **modifica, adiciona y confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **José Ángel Salazar García**, procesalmente sucedido por su cónyuge **Dalila Esther Taborda de Salazar**, y sus hijos **Martha Durley y José Edwan Salazar Taborda**, en contra de **Fabricato S.A. y Colpensiones**, así:

El numeral 3º de la parte resolutive, se modifica, para ordenar a la sociedad **Fabricato S.A.**, que dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, informe a Colpensiones, en forma detallada, el valor de los salarios percibidos por el ex trabajador José Ángel Salazar García

entre el 19 de diciembre de 1960 y el 31 de diciembre de 1966; una vez recibidos estos datos, **Colpensiones** dentro de los **30 días siguientes liquidara el valor a cancelar por cálculo actuarial por los aportes correspondientes a esa lapso**, y notificara el mismo a la sociedad **Fabricato S.A.**, quien deberá pagarlo a entera satisfacción dentro de los **30 días siguientes**, procediendo Colpensiones, una vez recibido su monto a consolidar la historia laboral del afiliado José Ángel Salazar García, **quien en vida se identificó con C.C. 698.148 de El Peñol Antioquia.**

El numeral 4º de la parte resolutive se modifica, para ordenar a Colpensiones la liquidación de la pensión de vejez que hubiere correspondido al señor Salazar García bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

El numeral quinto, se modifica para ordenar a Colpensiones, reconocer y pagar a favor de la masa sucesoral del señor José Ángel Salazar García, el retroactivo causado entre el 09 de noviembre de 2015 y el 24 de agosto de 2020 debidamente indexado, al haber fallecido el citado señor en esta última calenda, compensando de dicho monto la suma cancelada por indemnización sustitutiva de pensión de vejez, **debidamente indexada, actualización que se adiciona; se autoriza a Colpensiones para que** del valor de las mesadas retroactivas a liquidar en favor de la masa sucesoral, descuente el aporte a salud que hubiere correspondido efectuar al fallecido, como se explicó por el a quo.

El numeral noveno, se revoca, para exonerar de condena en costas a Colpensiones.

En lo demás se confirma la decisión.

Ante el resultado adverso de los recursos para ambas partes y por conocerse en grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, **no hay lugar a condena en costas en esta instancia.**

Lo resuelto se notifica a las partes por **estados virtuales**, artículo 295 C.G. del P. en concordancia con el Decreto 806 de 2020.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 114** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **01 de julio de 2021.**

Secretario