



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ
Magistrado ponente

SL2380-2024
Radicación n.º 95969
Acta 23

Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil veinticuatro (2024).

La Corte decide el recurso de casación que la empresa **BANCOLOMBIA S.A.** interpuso contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta profirió el 16 de diciembre de 2020, en el proceso ordinario que **PEDRO JOSÉ MARTÍNEZ ARENAS** promueve contra la recurrente.

I. ANTECEDENTES

El accionante solicitó que se condene a Bancolombia S.A. a reconocer y pagar el cálculo actuarial que elabore Colpensiones por el periodo comprendido entre el 3 de agosto de 1956 y el 14 de noviembre de 1961.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que está afiliado a Colpensiones y que trabajó en Bancolombia S.A. sede Santa Marta desde el 3 de agosto de 1956 hasta el 14 de noviembre de 1961; sin embargo, refirió que la empleadora no lo afilió al sistema de pensiones, motivo por el cual le solicitó el pago del título pensional respectivo, pero esta lo negó el 14 de noviembre de 2018 (f.º 1 a 8).

Al contestar el escrito inaugural, Bancolombia S.A. se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos en que se fundamenta, aceptó los extremos de la relación laboral y, respecto a los demás, adujo que no eran ciertos o que no le constaban.

Manifestó que no le corresponde pagar el título pensional solicitado, toda vez que para la fecha en que estuvo vigente la relación laboral el ISS, hoy Colpensiones, no tenía cobertura de los riesgos de vejez, invalidez y muerte en la ciudad de Santa Marta, pues ello empezó el 20 de febrero de 1985, esto es, 23 años después de haber terminado el contrato. Así, refirió que es la Nación la llamada a cancelar aquel periodo por ser la garante del derecho a la Seguridad Social de los habitantes del territorio nacional.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, irretroactividad en la aplicación de la ley, prescripción y compensación (f.º 63 a 94).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo de 26 de septiembre de 2019, el Juez Primero Laboral del Circuito de Santa Marta decidió (f.º 135):

PRIMERO. DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre el señor PEDRO JOSE (sic) MARTINEZ (sic) ARENAS y BANCOLOMBIA entre los periodos 3 de agosto de 1956 y el 14 de noviembre de 1961.

SEGUNDO CONDENAR a Bancolombia a cancelar el bono pensional correspondiente a los aportes dejados de realizar con relación al señor PEDRO JOSE (sic) MARTINEZ (sic) ARENAS en los periodos 3 de agosto de 1956 al 14 de noviembre de 1961, lo cual se realizará mediante el cálculo actuarial correspondiente realizado por quien debe recibir tales aportes como es hoy en día Colpensiones, a través de los trámites administrativos que correspondan ante esa entidad.

TERCERO. DECLARAR NO PROBADAS todas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

CUARTO. CONDENAR EN COSTAS A LA DEMANDADA. Se tasan agencias en derecho en 2 salarios mínimos.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la demandada, a través de sentencia de 16 de diciembre de 2020 la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta confirmó la decisión de primer grado e impuso las costas de esa instancia a la recurrente (cuaderno segunda instancia, f.º 26 a 30).

En lo que interesa a los fines del recurso extraordinario, el Tribunal indicó que en el proceso no se discutía que el actor prestó sus servicios en la empresa Bancolombia S.A. de la ciudad de Santa Marta, desde el 3 de agosto de 1956 hasta el 14 de noviembre de 1961, lapso en el que no se hicieron aportes al sistema de seguridad en favor del trabajador.

Así, el Colegiado de instancia señaló que el problema jurídico a resolver consistía en establecer si Bancolombia S.A. debía responder por el pago del título pensional correspondiente al tiempo de servicio trabajado por el demandante.

Al respecto, destacó que la Ley 90 de 1946 creó el Instituto de Seguros Social -ISS; sin embargo, su cobertura no operó de forma automática y generalizada en el país, sino escalonada por sectores, de ahí que en aquellos lugares en los que aún no había cobertura, las prestaciones continuaron a cargo del respectivo empleador, quien estaba obligado a reconocer la pensión a los trabajadores conforme a los requisitos previstos en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, con el respectivo descuento de aportes para financiar la pensión en el sistema general de pensiones.

Señaló que el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por Decreto 3041 de 1966, estableció la obligatoriedad de afiliación al ISS de los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y los trabajadores que presten sus servicios en empresas del sector oficial, siempre y cuando no

estuvieran exceptuados por disposición legal.

En ese contexto, adujo que de acuerdo con la Resolución No. 831 de 1966, la cobertura del ISS en la ciudad de Santa Marta inició el 1.º de enero de 1967, de modo que *«no existía cobertura de afiliación»* para la fecha en que el actor prestó sus servicios, lo que en principio llevaría a concluir que no habría lugar al pago de aportes.

Sin embargo, advirtió que, entre otras, en las sentencias CSJ SL14388-2015, CSJ SL, 20 oct. 2015, rad. 43182, CSJ SL738-2018 y CSJ SL2812-2019, esta Sala de la Corte estableció que en aquellos casos en los que se ha presentado la falta de afiliación del trabajador por falta de cobertura del sistema de seguridad social el empleador conservó la obligación de pagar los aportes porque el riesgo pensional estaba a su cargo, aspecto importante dado que *«en muchos casos esos tiempos son necesarios para cumplir la densidad de cotizaciones requeridas para acceder a los derechos pensionales»*.

Por último, señaló que no es válido el argumento relativo a que no existía un precepto que regulara el pago de esas cotizaciones en cabeza del empleador cuando no había cobertura del ISS, porque ello implicaría trasladar al afiliado las consecuencias de la *«orfandad legislativa de la época»*, solución que no es acorde con el contexto de un ordenamiento jurídico que *«parte del reconocimiento de un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la*

satisfacción de su derecho pensional y, en todo caso, propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación».

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso extraordinario de casación lo interpuso la demandada, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente pretende que la Corte «*case totalmente*» la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, revoque la del *a quo* y la absuelva de las pretensiones formuladas.

En subsidio, requirió que la Sala «*case totalmente*» el fallo de segundo grado para que en sede de instancia revoque la decisión del juez y, en su lugar, se condene al pago de «*las cotizaciones indexadas, en el porcentaje que le correspondía al empleador*».

Con tal propósito, por la causal primera de casación formula dos cargos, que fueron objeto de réplica.

VI. CARGO PRIMERO

Por la vía directa, acusa la interpretación errónea de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, 60 y 61 del Acuerdo

224 de 1966, aprobado por el 1.º del Decreto 3041 de 1966, 14, 33 literales c) y d) del párrafo 1.º, 35, 36, 115 y 142 de la Ley 100 de 1993, 5.º del Decreto 813 de 1994, 1.º y 2.º del Decreto 1887 de 1994, 3.º del Decreto 1748 de 1995, 18 de Decreto 1474 de 1997, 9.º de la Ley 797 de 2003, 17 del Decreto 3798 de 2003 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la argumentación, la censura afirma que en este asunto el trabajador prestó sus servicios antes de que entrara en vigor la obligación de afiliación al ISS en la ciudad de Santa Marta y, por esa razón, no era posible pagar las cotizaciones al sistema de seguridad social.

Advierte que el *ad quem* erró al interpretar las normas relacionadas en la acusación, dado que de estas extrajo una obligación del empleador que surgió con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo. Además, destaca que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que la falta de afiliación de trabajadores en zonas no cubiertas por el ISS antes del 1.º de abril de 1994 «*no constituyó una omisión legal y no debe computarse como tiempo de servicios para efectos de las pensiones previstas en sus reglamentos*».

Por otra parte, afirma que de acuerdo con lo establecido en los artículos 259 del Código Sustantivo del Trabajo, 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, «*la única forma de traducir tiempo de servicios a cotizaciones, era para los trabajadores del régimen de transición*», esto es, quienes a la

entrada en vigencia de dichas normas tenían 10 o más años de servicios, *«pero para los que en esa data tenían menos de ese lapso no se les puede convertir, como lo hizo el tribunal en un intento de alquimia jurídica insólito, en semanas de cotización o en cálculo actuarial»*.

Ello, porque la normas en comentario no contemplaron tal supuesto de hecho, como tampoco consagraron alguna sanción por la omisión de inscripción, el pago de un título pensional o aprovisionamiento de recursos a cargo del empleador.

Refiere que como el trabajador en este asunto no tiene dicho tiempo de servicio, no le asiste derecho a que *«se colacionara y se acumulara con el cotizado como afiliados para efectos del derecho a la pensión de vejez»*.

Agrega que la tesis planteada por el Tribunal implica darle efectos retroactivos a un sistema pensional que entró a regir con posterioridad al vínculo laboral del actor y una obligación de pago de cálculo actuarial que nació y se perfeccionó años después, lo que *«va en contra de la lógica y el sentido común»*.

Aduce que en el caso que se analiza tiene supuestos diferentes a los que se abordaron en los precedentes jurisprudenciales que referenció el Tribunal, porque en estos ya se había expedido el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte que estableció las condiciones de afiliación y cotización retroactiva, lo que no

había ocurrido para la fecha en que el demandante prestó sus servicios.

Afirma que el Tribunal también erró al interpretar el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo, debido a que la pensión de jubilación que esta establece tenía carácter provisional en tanto dejaría de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo lo asumiera el ISS, lo que no ocurrió en este caso porque *«el contrato de trabajo terminó antes de que se expidiera el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte»*.

Señala que también interpretó erradamente el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues lo que este señala es que las empresas privadas que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones deben pagar el cálculo actuarial solo *«en relación con los trabajadores que seleccionen el régimen de prima media y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993»*, fecha para el cual no estaba vigente la relación laboral. En apoyo, cita la sentencia CC C-506-2001.

Por último, añade que de haberla analizado correctamente, habría concluido que las normas del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 y las posteriores *«solamente adquieren imperio respecto de situaciones en curso al momento de la entrada en vigor de dicha ley, respecto de los contratos nuevos o en vigentes (sic) en ese instante, en virtud del principio de la retrospectividad de la ley»*.

VII. RÉPLICA DEL DEMANDANTE

Aduce que el Tribunal no cometió los errores que plantea la censura, toda vez que la Ley 90 de 1946 estableció que los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación deben aportar la cuota parte correspondiente, sin que tal precepto estableciera alguna restricción para quienes prestaron sus servicios menos de 10 años.

Agrega que no es cierta la afirmación de la recurrente según la cual el Tribunal le dio efectos retroactivos al sistema pensional, toda vez que este *«nació dos décadas antes es decir con la expedición de [la] Ley 90 de 1946, que creó el seguro obligatorio de los trabajadores»* y, en el año 1967, solo se reglamentaron las contingencias del sistema.

VIII. CONSIDERACIONES

En casación no se discuten los siguientes supuestos fácticos, esto es, que: (i) el demandante laboró para Bancolombia S.A. desde el 3 de agosto de 1956 hasta el 14 de noviembre de 1961; (ii) en dicho periodo no había cobertura del ISS en la ciudad de Santa Marta; (iii) el empleador no lo afilió al sistema de seguridad social, como tampoco realizó aportes por esos tiempos, y (iv) actualmente el actor está afiliado a Colpensiones.

Así, corresponde a la Corte establecer si el Tribunal se equivocó al concluir que la empresa debe pagar el cálculo

actuarial por el periodo en que el demandante le prestó sus servicios.

Al respecto, la Corte de entrada advierte que el Tribunal no incurrió en el error jurídico que plantea la censura, toda vez que la jurisprudencia de esta Sala ha precisado de manera reiterada que en aquellos casos en que no hubo la asunción de los riesgos de vejez, invalidez y muerte por falta de cobertura del ISS en el lugar en el que se prestó el servicio, tal circunstancia no conllevó que los empleadores se liberaran *ipso facto* de la responsabilidad de los riesgos pensionales que tenían a su cargo en vigencia de los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Precisamente, entre otras, en la sentencia CSJ SL2879-2020, esta Corporación explicó:

Al respecto, vale recordar que la obligación del pago de las pensiones de jubilación estaba en cabeza de los empleadores antes de la creación del ISS. Por ello, cuando la Ley 90 de 1946 estatuyó el seguro social obligatorio, dispuso, en sus artículos 72 y 76, que el ISS asumiría gradualmente el riesgo de vejez en aquellos sitios en los que iniciara su cobertura, para lo cual los empleadores debían realizar la provisión proporcional al tiempo que el trabajador había laborado y entregársela a dicha entidad en tal momento, para efectos del reconocimiento del derecho pensional.

De modo que la carga pensional de jubilación continuó a cargo de los empleadores en los demás lugares del territorio nacional donde no hubiera presencia del ISS; deber que se mantuvo con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que así se contempló en los artículos 259 y 260 de dicho estatuto.

Como puede advertirse, la obligación de validar todo tiempo de trabajo efectivo no surgió con posterioridad a la terminación del contrato en este asunto, ni se trata de una aplicación retroactiva de las normas que componen el

sistema pensional como lo refiere la recurrente, dado que ese deber de realizar las provisiones necesarias tienen sustento en los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, vigentes en el periodo debatido.

Ahora, es oportuno destacar que el Tribunal no le atribuyó a la empresa el deber de responder por el cálculo actuarial por omisión en la afiliación, sino, se itera, porque es un derecho legal de toda persona trabajadora que el empleador valide el tiempo de trabajo que le ofreció para efectos pensionales.

Ello quedó reforzado y ratificado en el literal c) del párrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, respecto de lo cual la jurisprudencia de la Corte ha establecido que para el cómputo de semanas debe tenerse en cuenta el tiempo de servicio sin importar que los contratos laborales no estén vigentes a la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993 -23 de diciembre de 1993-. Al respecto, entre otras, en la sentencia CSJ SL2590-2020, la Corte destacó que:

(...) se impone recordar, que para la habilitación del tiempo servido a empleadores que antes de la Ley 100 de 1993, tenían a cargo sus propias pensiones, el literal c) del artículo 33 de esa normativa, debe ser entendido en el sentido que no es necesario que el contrato de trabajo estuviera vigente al momento de la entrada en vigor de la mencionada disposición, puesto que tal exigencia contraría los postulados de la seguridad social y, por esa razón debe ser inaplicada.

Adicionalmente, se advierte que la censura tampoco acierta al señalar que el Tribunal erró al interpretar los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, 259 del Código

Sustantivo del Trabajo y el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, toda vez que, entre otras, en la sentencia CSJ SL313-2022, reiterada en la providencia CSJ SL4321-2022, la Sala estableció que cuando un trabajador laboró 10 años o menos a la asunción del riesgo pensional por el ISS, el empleador igualmente conservó la obligación de cumplir la carga económica correspondiente al tiempo efectivo de servicio, incluso si con ello no alcanza la densidad de cotizaciones requeridas para obtener el derecho pensional.

Ello porque, se insiste, desde la expedición de la Ley 90 de 1946 los empleadores tenían el deber de aprovisionar los recursos necesarios para tales efectos hasta que el seguro social asumiera la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, sin que tal exigencia estuviera sujeta a un régimen de transición o a un tiempo determinado, dado que esto guarda relación con la subrogación parcial o total o no subrogación de la prestación pensional por parte del ISS conforme lo establecido en los artículos 59 a 61 del Decreto 3041 de 1966, en concordancia con los artículos 1.º y 46 del Decreto 758 de 1990.

En ese contexto, como para la fecha en que se llevó a cabo la relación laboral el riesgo pensional estuvo a cargo de la demandada y aún no había cobertura del ISS en la ciudad de Santa Marta -conforme no se discute en casación-, se reitera, es claro que el Tribunal acertó al determinar que lo procedente es el pago del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador.

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido que esa es la solución jurídica efectiva para validar los tiempos prestados por sus trabajadores que *no fueron afiliados por cualquier causa* antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, sea por omisión del empleador o, como en este caso, falta de cobertura del ISS, a efectos de financiar un eventual derecho pensional por parte de las entidades de seguridad social (CSJ SL197-2019, CSJ SL1356-2019, CSJ SL4334-2019, CSJ SL1140-2020 y CSJ SL2584-2020).

Lo expuesto es plenamente coherente con el hecho de que el trabajador no puede asumir las consecuencias negativas de su falta de afiliación, conforme también lo destacó el Tribunal, sobre todo cuando ocurre por la falta de cobertura del ISS, dado que aún en ese escenario tiene la expectativa de reunir el tiempo de servicio requerido o las cotizaciones para acceder a las prestaciones del sistema pensional, tal y como los demás trabajadores la tienen en un contexto de cubrimiento del riesgo de dicha entidad.

Por último, la Corte considera oportuno indicar que, contrario a lo planteado por la censura, el precedente jurisprudencial que aplicó el Colegiado de instancia era pertinente para resolver el caso, dado que en este se abordó el deber del empleador de reconocer el tiempo trabajado mientras el riesgo pensional estuvo a su cargo, sin que al respecto sea determinante el hecho de que se hubiese expedido o no el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, pues, se insiste, tal

obligación surgió desde antes de aquel suceso, esto es, con la expedición de la Ley 90 de 1946 en virtud de la cual el ISS empezó la asunción gradual del riesgo pensional que tenían los empleadores conforme lo previsto en los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por tanto, el cargo se desestima.

IX. CARGO SEGUNDO

Por la vía directa, acusa la aplicación indebida de los preceptos relacionados en el cargo anterior y adicionalmente el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el desarrollo, la censura señala que el *ad quem* se equivocó al aplicar las normas relacionadas en la proposición jurídica, pues lo que eventualmente procedería en este caso no es el pago de un cálculo actuarial sino las cotizaciones indexadas. En apoyo, citó las sentencias CC T-784 de 2010 y CC T-712 de 2011.

Además, refiere que no es posible realizar el cálculo actuarial en los términos de los artículos 1.º y 2.º del Decreto 1887 de 1994, toda vez que para ello se requieren variables que creó la Ley 100 de 1993 para el régimen de prima media, motivo por el cual no es posible efectuar la operación aritmética sobre relaciones laborales anteriores a la entrada en vigencia de aquella legislación, pues *«ello significa otorgarle efectos hacia el pasado a una obligación pensional que fue establecida por la Ley 100 de 1993 sólo para ciertos*

casos y con efecto para relaciones vigentes a la entrada en vigencia de dicha ley».

Conforme lo anterior, insiste en que en el evento de que se considere que el trabajador tiene derecho al reconocimiento del tiempo de servicio en mención, lo procedente es el pago del porcentaje de la cotización indexada que le corresponde al empleador dado el carácter tripartito de los aportes, con base en las primeras tarifas de cotización fijadas por los reglamentos del ISS. En respaldo, citó las sentencias CC T-492 de 2013, CC T-014 de 2016 y CC T-281 de 2020.

X. RÉPLICA DEL DEMANDANTE

El opositor insiste en que el Tribunal no cometió los errores que plantea la censura, toda vez que desde la expedición de la Ley 90 de 1946 surgió la obligación de los empleadores de reconocer la cuota parte correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador.

XI. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Corte establecer si el Tribunal se equivocó al considerar que la demandada debe pagar la totalidad de las cotizaciones en lugar del porcentaje que establece la ley para el empleador.

Al respecto, la Corte advierte que el planteamiento jurídico que expone la empresa no fue objeto de debate en las

instancias, como tampoco es una situación que se formulara desde el inicio del proceso, lo que implicó que los jueces no se pronunciaran sobre la temática en particular.

Por tanto, tal planteamiento configura un medio nuevo en casación que la Corte no puede abordar, pues ello vulneraría el derecho al debido proceso y de contradicción de la contraparte (CSJ SL7121-2016, SL5674-2021 y SL2966-2022).

En consecuencia, el cargo es infundado.

Las costas en el recurso de casación estarán a cargo de la recurrente y a favor del demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de once millones ochocientos mil pesos (\$11.800.000), que se incluirá en la liquidación que el juez de primera instancia haga, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

XII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta profirió el 16 de diciembre de 2020, en el proceso ordinario que **PEDRO JOSÉ MARTÍNEZ ARENAS** promovió contra **BANCOLOMBIA S.A.**

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.