



Sentencia T-281/20

Referencia: Expediente T-6.826.800

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

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

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

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Alejandro Linares Cantillo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Oralidad de Itagüí (Antioquia), el 13 de marzo de 2018 en única instancia.

Aclaración previa

El expediente fue repartido para su conocimiento inicial a la Magistrada Diana Fajardo Rivera, quien registró el respectivo proyecto de sentencia. Toda vez que el mismo no obtuvo la mayoría requerida para su aprobación, en los términos del artículo 56 del Acuerdo 02 de 2015², la sustanciación de la

¹ Administradora Colombiana de Pensiones.

² Acuerdo 02 de 2015 “*Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional*”. Artículo 56 –inciso primero–. “*A medida que se repartan los procesos de tutela se irán conformando las Salas de Revisión, una por cada reparto, así: El Magistrado a quien corresponda alfabéticamente recibirlo,*

providencia fue asignada al Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien seguía en orden alfabético dentro de la composición de la Sala Segunda de Revisión. Con todo, teniendo presente que la discusión que giró en torno a la ponencia inicial no cuestionó, en manera alguna, su componente fáctico, esta providencia contiene íntegramente el *capítulo I* que incluía aquella, relativo a los antecedentes del caso.

I. ANTECEDENTES

El 26 de febrero de 2018, el señor Jaime Rodrigo Tamayo Ramírez interpuso acción de tutela para que se protegieran sus derechos fundamentales al mínimo vital, de petición, a la seguridad social y a la vida digna, que considera vulnerados por la Cervecería Unión S.A.

1. Hechos y solicitud

1.1. El señor Jaime Rodrigo Tamayo Ramírez, quien actualmente cuenta con 88 años de edad³, manifestó haber laborado para la Cervecería Unión S.A. durante dos periodos: (i) desde el 08 de junio de 1948 hasta el 10 de septiembre de 1951 y (ii) desde el 04 de mayo de 1953 hasta el 29 de agosto de 1961⁴.

1.2. El 29 de octubre de 2007, elevó derecho de petición ante el ISS⁵, ahora Colpensiones, solicitando: (i) *certificado de afiliación* a su nombre por el periodo laborado para la Cervecería Unión S.A., con día de inicio el 08 de junio de 1948, y (ii) la devolución del monto de sus cotizaciones indexadas, correspondientes al periodo comprendido entre el 08 de junio de 1948 y el 29 de agosto de 1961, en el cual trabajó para la empresa accionada⁶. Manifestó no haber recibido respuesta de la Entidad a dicha solicitud.

1.3. Precisó que en abril de 2017 presentó otro derecho de petición ante la Cervecería Unión S.A. solicitando información sobre la Entidad a la cual habían sido realizados los aportes a seguridad social en pensiones, por el tiempo laborado para la empresa.

En respuesta, mediante oficio con radicado No. 52428 del 11 de mayo de 2017 la Empresa le indicó que no se hicieron cotizaciones a ningún fondo por no estar obligados por la Ley vigente a la fecha. Particularmente, afirmó la accionada que la obligación de cotizar a seguridad social en pensiones, en Medellín e Itagüí, inició el 02 de enero de 1967.

1.4. El 11 de noviembre de 2017, el actor formuló una nueva petición a la Empresa accionada. En esta señaló que, de conformidad con lo establecido en

presidirá la Sala conformada con los dos Magistrados que le sigan en orden. La Sala decidirá por mayoría absoluta y el Magistrado disidente podrá salvar o aclarar su voto. [...]"

³ Cuaderno de Instancia, folio 14.

⁴ Cuaderno de Instancia, folio 2.

⁵ Instituto de Seguros Sociales.

⁶ Cuaderno de Instancia, folio 9.

las leyes 6 de 1945 y 33 de 1985, tiene derecho a que la Cervecería Unión S.A. reconozca directamente su jubilación o a que esta realice la transferencia de un Bono Pensional al ISS por los periodos referidos. Indicó, así mismo, que ese Instituto, hoy Colpensiones, tenía el deber de cobrar los aportes de pensión dejados de realizar por la accionada, y en tal medida comparte un grado de responsabilidad respecto de su situación de seguridad social incierta. En consecuencia, solicitó “[se sirvan] Cervecería Unión S.A. y el ISS proceder a pagar las mesadas pensionales de jubilación desde el periodo 08-junio de 1948 a 1961”⁷. Adicionalmente, como pretensión subsidiaria, requirió el “pago por propia cuenta” de las cotizaciones dejadas de realizar por el periodo indicado. Afirmó no haber recibido respuesta a la anterior solicitud.

1.5. El 26 de febrero de 2018, el señor Jaime Rodrigo Tamayo Ramírez interpuso a nombre propio acción de tutela contra la Cervecería Unión S.A. En su criterio la empresa accionada vulneró sus derechos fundamentales de petición, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna. En consecuencia, pretende que se ordene a la accionada “proferir la resolución respectiva” de su caso⁸.

2. Respuesta dada a la acción de tutela

2.1. La Cervecería Unión S.A., el 10 de marzo de 2018⁹, solicitó denegar el amparo invocado. Consideró que el trámite adelantado por el accionante desconoce el carácter subsidiario de la acción de tutela, toda vez que la controversia planteada debe ser resuelta a través de un proceso declarativo ante la jurisdicción ordinaria laboral.

2.2. En relación con los hechos expuestos en el escrito de tutela, la Sociedad accionada afirmó que:

“[N]o ha cometido ninguna clase de ‘omisión’, como quiera que la cobertura prestacional que tiene que ver con el riesgo de pensión se llevó a cabo de forma progresiva y por sectores, es así como en aquellos lugares en que el ISS no había iniciado la cobertura, las pensiones continuaron a cargo del respectivo empleador, quien las concedía directamente a su trabajador cuando cumpliera con los requisitos del artículo 260 del CST vigente en ese momento, esto es 55 años de edad para los hombres, y 20 años de servicios al mismo empleador. Para la época en que solicita el accionante se efectúen los aportes, NO HABÍA COBERTURA DEL ISS en el lugar en que el actor laboró para mi representada. Cervecería Unión S.A. sólo empezó a realizar aportes una vez se dio inicio a la renombrada cobertura, pues fue en su momento que el ISS subrogó a LOS EMPLEADORES en la cobertura de los riesgos de IVM”¹⁰.

⁷ Cuaderno de Instancia, folio 13.

⁸ Cuaderno de Instancia, folio 4.

⁹ Cuaderno de Instancia, folios 18-19.

¹⁰ Cuaderno de Instancia, folio 18.

2.3. Finalmente, la Sociedad dijo que no existe vulneración del derecho de petición del accionante, toda vez que la solicitud elevada por el actor el 11 de noviembre de 2017 fue resuelta de fondo mediante comunicación del 8 de marzo de 2018. Afirmó que en dicho documento se indicaron las razones por las cuales no había lugar a efectuar el pago de las cotizaciones del periodo referido.

3. Decisión de instancia en el trámite de la acción de tutela

El 13 de marzo de 2018 el Juzgado Primero Civil Municipal de Oralidad de Itagüí (Antioquia) resolvió negar el amparo de los derechos invocados por el accionante. Estimó la existencia de un hecho superado en lo referente al derecho de petición del actor, toda vez que la empresa accionada respondió de fondo su solicitud, mediante la comunicación emitida el 08 de marzo de 2018, subsanando la vulneración ocasionada. No se pronunció de fondo sobre los demás derechos referidos en el escrito de tutela¹¹.

4. Actuaciones adelantadas en Sede de Revisión

La Sala, mediante Auto del 27 de septiembre de 2018, con base en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte¹² y con el objetivo de tener mayor información dentro del proceso objeto de revisión, decretó pruebas y suspendió los términos, hasta tanto estas se recolectaran.

4.1. Específicamente, se requirió al señor Jaime Rodrigo Tamayo Ramírez ampliar información sobre: (i) su situación de vulnerabilidad o de riesgo de perjuicio irremediable y, (ii) su historia laboral y situación pensional actual. Adicionalmente, se solicitó a la sociedad Cervecería Unión S.A. informar si, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, realizó aprovisionamiento alguno con destino a cubrir la pensión del accionante, en relación con los periodos laborados para la Empresa. Finalmente, se vinculó al trámite de la presente acción de tutela a Colpensiones para que se pronunciara acerca de los hechos y las pretensiones del actor. Así mismo, se le solicitó informar la situación pensional actual del señor Tamayo Ramírez y remitir su historia laboral.

4.2. El 9 de octubre de 2018¹³, el accionante, mediante escrito, precisó que tiene a cargo el sustento económico de su grupo familiar, compuesto por tres de sus hijos, quienes sufren de graves padecimientos de salud, y por su esposa, la señora Regina Montoya de Tamayo, quien cuenta con 83 años de edad.

Sobre la situación de salud de sus tres hijos expuso que: (i) María Eugenia Tamayo Montoya, de 51 años de edad, fue calificada el 15 de octubre de 2008

¹¹ Cuaderno de Instancia, folios 22-26.

¹² Artículo 64: “Con miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas. Una vez se hayan recepcionado, se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres (3) días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General”.

¹³ Cuaderno de Revisión, folios 27-46.

con una pérdida de capacidad laboral del 50.41% por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, con ocasión a su diagnóstico de hipoacusia, miembro superior derecho sin funcionalidad y trastorno de la marcha independiente en todos los terrenos¹⁴; (ii) Carlos Alberto Tamayo Montoya, quien cuenta con 50 años de edad y está diagnosticado con artritis reumatoide no especificada con un tiempo de evolución de más de dos años, lo cual le genera “*dolor articular permanente que limita sus actividades*”¹⁵; y finalmente, (iii) Dora Patricia Tamayo Montoya, de 48 años de edad, quien tiene un antecedente de falla hepática aguda por lo que se le practicó un trasplante hepático en junio de 2012 con rechazo post-trasplante en el primer mes¹⁶. El actor explicó que, como resultado de la condición de salud de sus hijos y la avanzada edad de su cónyuge, es él quien debe asumir el costo de la manutención de su hogar.

El accionante manifestó que vive en una residencia propia de “*siete metros de frente por cuatro de largo, piso de cemento, muros en adobe en obra negra, con unas medidas de 28 metros cuadrados*”¹⁷ ubicada en el barrio La Esperanza del municipio de Caldas, Antioquia.

En relación con la actividad económica que desempeña para cubrir con los gastos de su hogar, indicó:

*“[M]adrugo todos los días a la una de la mañana a cumplir con mi actividad de carretillero de mano, en la plaza de mercado de la central Mayorista de Itagiú Antioquia, moviendo mercados de galpón a galpón, y mis propinas por decir algo ascienden entre de (sic) (\$8.000) un día malo y un día bueno (\$15.0000), con un promedio semanal de (\$70.000), de la misma manera no puedo pasar de un promedio de gastos mensuales de (\$280.000) porque es con lo único que puedo contar de mi trabajo como carretillero (...) // Es vergonzoso mencionar mi situación, soy una persona que en la actualidad tengo 86 años de edad, pertenezco a la octava década de la vida, de estado civil casado con hijos, con antecedentes de salud de otrora (sic) de acuerdo con mi historia clínica mi poca calidad de vida en la que me encuentro a mi edad, y se puede decir que vivo de la caridad de los vecinos, unos nos regalan el desayuno, otros el almuerzo, y así sucesivamente paso mi vida con mi núcleo familiar”*¹⁸.

Adujo que realizó cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones al ISS, hoy Colpensiones, cuando trabajó para los siguientes empleadores: (i) Gaseosas Luz S.A., durante cinco años desde 1962, (ii) Algram, durante cuatro años comenzando en 1967, (iii) Fedetrillar, durante cuatro años desde 1971, y (iv) Leoncio Arango, durante un año a partir de

¹⁴ Cuaderno de Revisión, folio 30.

¹⁵ Cuaderno de Revisión, folio 32.

¹⁶ Cuaderno de Revisión, folios 37-39.

¹⁷ Cuaderno de Revisión, folio 18.

¹⁸ Cuaderno de Revisión, folio 18.

1976. Expuso que elevó solicitud de reconocimiento de jubilación ante la entidad Cervecería Unión S.A., la cual fue negada a pesar de que la entidad “*estaría en la obligación de hacer provisiónamiento para jubilar a sus trabajadores*”¹⁹. Finalmente, declaró que no recibe jubilación ni pensión de vejez alguna.

4.3. El 5 de octubre de 2018²⁰, la sociedad Cervecería Unión S.A., mediante comunicación allegada a la Corte expuso que “*revisados los sistemas y aplicativos de nómina, se verifica que no se realizó provisiónamiento alguno con destino a cubrir la pensión del señor Jaime Rodrigo Tamayo Ramírez (...) con relación a los periodos comprendidos entre los años 1948 a 1961, anteriores a la Ley 100 de 1993*”²¹.

4.4. El 17 de octubre de 2018²², Colpensiones mediante escrito informó que el señor Jaime Rodrigo Tamayo Ramírez reporta en su historia laboral un total de 476.43 semanas cotizadas en el periodo comprendido entre el 7 de julio de 1969 y el 24 de marzo de 1981.

La Entidad comunicó que el actor elevó dos solicitudes de reconocimiento de pensión de vejez ante el ISS, la primera resuelta el 8 de junio de 1994 mediante la Resolución No. 5585 que negó el reconocimiento pensional “*por no acreditarse 500 semanas en los últimos 20 años al cumplimiento de la edad mínima o 1000 semanas en cualquier tiempo, requeridas por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990*”²³. Posteriormente, el accionante realizó una nueva solicitud de reconocimiento pensional, la cual fue resuelta por la entidad comunicándole al señor Tamayo Ramírez que su petición había sido solventada en forma definitiva por medio de la Resolución No. 5585 de 1994 sin que hubiesen sido agotados los recursos de ley para controvertirla; adicionalmente, en la referida comunicación se le indicó que “*los tiempos correspondientes a Cervecería Unión de 1948 a 1961 no podían ser tenidos en cuenta, por cuanto, para ese momento el Sistema de Seguros Sociales Obligatorios no había entrado en operación*”²⁴.

De otro lado, la Entidad informó que el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, en octubre de 2000 requirió al ISS el expediente pensional del afiliado “*a fin de que fuera aportado dentro de Proceso ordinario Laboral de Mayor Cuantía con radicado 1999-00618 promovido por el señor Jaime Tamayo Ramírez contra dicha entidad*”²⁵. Al respecto declaró que “*en la actualidad Colpensiones desconoce las resultas de (sic) proceso, en razón a que el ISS no trasladó la información correspondiente a las actuaciones desplegadas*”²⁶.

¹⁹ Cuaderno de Revisión, folio 18.

²⁰ Cuaderno de Revisión, folio 49-61.

²¹ Cuaderno de Revisión, folio 50.

²² Cuaderno de Revisión, folio 76-86.

²³ Cuaderno de Revisión, folio 76.

²⁴ Cuaderno de Revisión, folio 76.

²⁵ Cuaderno de Revisión, folio 76.

²⁶ Cuaderno de Revisión, folio 76.

Posteriormente, a través de la Resolución No. 13718 de 2008, la Entidad reconoció al actor una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía única de \$3.805.277 m/cte.

La Entidad solicitó que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de Colpensiones, por cuanto considera que lo pretendido es la protección del derecho de petición del actor, presuntamente vulnerado por la Cervecería Unión S.A. sin que exista transgresión atribuible a la administradora.

Consideró además que debe declararse la improcedencia de la presente acción de tutela, en tanto no quedó demostrado el cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. Adujo que no se evidencia que el accionante haya agotado todos los medios de defensa judiciales ordinarios y extraordinarios para exigir la efectividad de los derechos invocados ni se acredita la existencia de un perjuicio irremediable. De igual modo, advirtió la Entidad que *“el actor no aduce razón que justifique su inactividad pues dejó transcurrir más de 20 años, desde que el ISS mediante Resolución No. 5585 de 8 de junio de 1994, otorgó respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento pensional, sin activar los mecanismos de protección otorgados por la constitución y la ley”*²⁷, faltando así al requisito de inmediatez.

Ahora bien, la Entidad se refirió a la Reserva actuarial por omisión en la afiliación por falta de cobertura del ISS en los siguientes términos:

*“En lo que respecta a la obligación de afiliar por parte de empleadores particulares antes de la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia en precedente consolidado y ahora pacífico, ha establecido una suerte de regla genérica conforme a la cual, todos los eventos de omisión de afiliación, con independencia de su causa se resuelven mediante la constitución de una reserva actuarial a satisfacción de la correspondiente administradora”*²⁸.

Explicó que, en un primer momento, la tendencia jurisprudencial estaba encaminada a *“inmunizar”* al empleador en relación con el pago de aportes de los periodos en los que el trabajador prestó su servicio en zonas geográficas en donde no existía la cobertura del ISS y, por lo tanto, carecía de la obligación de afiliar a sus trabajadores. Con posterioridad expuso que la anterior tesis sufrió una variación para tomar una posición intermedia en la que se reconoce la responsabilidad que tiene el empleador en la financiación de la pensión de jubilación y en donde se establecieron ciertas pautas que permitieron indicar quién estaría a cargo del reconocimiento y pago de la prestación pretendida²⁹. Finalmente, expresó que la Corte Suprema de Justicia a partir del 2009 ha

²⁷ Cuaderno de Revisión, folio 79.

²⁸ Cuaderno de Revisión, folio 78.

²⁹ En este caso se partía desde la fecha en que se inició el cubrimiento del riesgo pensional por el ISS en la respectiva región del país, con el objetivo de ubicar al trabajador dentro del contingente de asalariados que lleven 20, 10 o menos de 10 años de servicio, en aras de precisar en qué situación se encontraba y quién tenía la obligación de asumir la carga pensional (si el empleador, el empleador y la entidad de seguridad social de manera compartida, o únicamente la entidad de seguridad social). Cuaderno de Revisión, folio 78.

sostenido que “con independencia a la existencia o no de culpa o negligencia del empleador es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido por el trabajador, y es obligación del empleador pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos a satisfacción de la respectiva entidad en razón a 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”³⁰, pues, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral³¹:

“[E]n 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, 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 se 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”³².

En concordancia con lo anterior, la Entidad defiende que “en caso de proceder la acción de tutela, es el empleador quien debe constituir la reserva actuarial por los periodos de no cobertura del ISS”, de modo que “la intervención de Colpensiones (...) se limitaría a justipreciar el monto de la reserva actuarial, y en caso de cumplir requisitos, reconocer el derecho a corte de nómina previa compensación de la indemnización sustitutiva”³³. Solicitó además que, en el evento en que el accionante tenga derecho a la pensión de vejez, se autorice a Colpensiones para que compense el valor de la indemnización y realice el reconocimiento a corte de nómina, con el fin de no afectar el principio de estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, esta corporación es competente para revisar la acción de tutela de la referencia, escogida por la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional, a través de Auto del 13 de julio de 2018.

2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución

2.1. De conformidad con lo consignado en el capítulo que antecede, el señor Jaime Rodrigo Tamayo Ramírez cuestionó el silencio de la Cervecería Unión S.A., en relación con el derecho de petición que radicó en sus instalaciones el

³⁰ Cuaderno de Revisión, folio 78.

³¹ En la intervención se cita la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL9856, rad 41745 del 16 de julio de 2014. M.P. Elsy Del Pilar Cuello.

³² Cuaderno de Revisión, folio 78.

³³ Cuaderno de Revisión, folio 79.

11 de noviembre de 2017. Asimismo, solicitó tener como válido, para ser beneficiario de la pensión de vejez, el tiempo laborado –no cotizado– entre 1948 y 1961.

La demandada, por su parte, si bien reconoce la existencia de la relación laboral que mantuvo con el actor, niega que legalmente se hubiera encontrado en la obligación de cotizar por los periodos aludidos, habida cuenta que en las ciudades de Itagüí y Medellín, el ICSS³⁴ inició operaciones el 2 de enero de 1967, fecha para la cual el contrato había finalizado. Empero, Colpensiones, en su intervención ante esta Corte, resaltó la posibilidad de que esas semanas pudieran contabilizarse al momento de estudiar solicitudes pensionales, siempre que el accionado pagara en su favor un determinado cálculo actuarial. Esto en aplicación estricta de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia y con independencia de la cobertura del seguro social.

El *a quo* declaró la existencia de un hecho superado en relación con el derecho de petición al encontrar que se había resuelto la solicitud presentada el 11 de noviembre de 2017 por el tutelante. Esta Sala coincide con esta apreciación pues se acredita que, si bien existió, antes de la instauración de la presente causa, una omisión de respuesta que amenazaba el derecho fundamental de petición cuya titularidad pertenece al actor, lo cierto es que con anterioridad al fallo emitido por el juez de instancia se contestó de manera integral a las formulaciones planteadas por este, de manera que, en lo referido a ese asunto, no existe materia sobre la cual deba pronunciarse la Corte³⁵.

2.2. Sin embargo, las pretensiones del accionante, como se ha visto, no se agotaron en obtener una respuesta a sus peticiones. En tal sentido, corresponde a esta Sala determinar si se han desconocido sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna, debido a que no pudo acceder a su pensión de vejez porque la empresa Cervecería Unión S.A. no efectuó aportes al sistema pensional por el periodo comprendido entre 1948 y 1961 –argumentando que no existía, ni en la Ley 90 de 1946 ni en el Decreto 3041 de 1966 un mandato claro para ello–.

2.3. A fin de resolver el problema jurídico señalado, la Sala se referirá (1) a la procedencia del amparo, (2) al régimen legal que gobernaba el sistema pensional para el momento en que el trabajador acumuló el tiempo de servicios que hoy echa de menos, (3) a las decisiones de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia frente a la posibilidad de que las semanas trabajadas antes de que la obligación de cotizar surgiera, fueran tenidas en cuenta por el ISS –hoy Colpensiones– de cara al reconocimiento pensional, y (4) a la omisión reglamentaria en que se incurrió y la manera de

³⁴ Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Esta era la denominación anterior del ISS.

³⁵ Cfr., Sentencia T-045 de 2008. En efecto, a fin de declarar un hecho superado, el juez constitucional debe constatar “1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa. // 2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado. Y // 3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado”.

remediarla desde el punto de vista de la equidad. Con estos elementos, (5) se resolverá el caso concreto.

3. Análisis de procedencia de la acción de tutela:

3.1. Esta Corporación ha sostenido que para que proceda el recurso de amparo se requiere que, con su instauración, se acredite la legitimación en la causa por activa³⁶ y pasiva³⁷, la inmediatez y la subsidiariedad. En lo que tiene que ver con los dos primeros asuntos, la Sala advierte que se satisfacen de manera notoria dado que (i) Jaime Rodrigo Tamayo Ramírez instauró en su nombre la acción, pretendiendo defender sus propios intereses, y, (ii) la misma fue dirigida contra la Cervecería Unión S.A., un particular que fungió como su empleador y respecto del cual el tutelante se encontró en situación de subordinación³⁸. Además, de esa empresa espera la cancelación de los aportes pensionales que considera adeudados. Asimismo, se estima necesaria la participación que como vinculado tiene Colpensiones en este proceso porque, siendo la administradora en la que se encuentra afiliado el actor, ha contribuido, con las respuestas que le ha entregado, a la falta de certeza y definición de su eventual derecho pensional³⁹.

3.2. El requisito de **inmediatez** también se tiene por acreditado. Conviene recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 Superior, la tutela es un mecanismo que busca garantizar la protección inmediata de los derechos conculcados o amenazados, por lo que quien acude a ella debe hacerlo en un tiempo *razonable*, contado desde la ocurrencia del hecho, acto u omisión que se estima causante de la vulneración. Esto último a fin de impedir que con un ejercicio tardío del mecanismo se desconozcan derechos de terceros o el principio de la seguridad jurídica⁴⁰.

Con todo, aun cuando a primera vista se advierta que un accionante dejó transcurrir un tiempo importante antes de acudir al juez constitucional, debe verificarse si ello obedeció a motivos válidos, derivados, por ejemplo, de su

³⁶ Cfr., Sentencia T-531 de 2002. Esta Corte ha admitido que la legitimación en la causa por activa se acredita, siguiendo el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, cuando la acción de tutela se ejerce (i) de manera directa, (ii) por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas), (iii) a través de apoderado judicial (caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo), y (iv) por medio de agente oficioso.

³⁷ Cfr., Sentencias T-118 de 2015, T-1077 de 2012, T-1015 de 2006, T-015 de 2015, T-029 de 2016, T-626 de 2016, T-678 de 2016 y T-430 de 2017. La Corte ha señalado que la acción procede contra acciones u omisiones de autoridades públicas que tengan la aptitud legal para responder jurídicamente por la vulneración. También procede contra particulares cuando estos presten servicios públicos, o, respecto de los cuales el accionante se encuentre indefenso.

³⁸ El señor Tamayo suscribió con la entidad accionada un contrato de trabajo desde el 8 de junio de 1948. Las cotizaciones que el empleador no realizó por el periodo en que estuvo vigente el vínculo laboral, sirve de causa al hecho de que el actor no pueda acceder a una pensión de vejez por parte de Colpensiones. De allí la subordinación del primero respecto al segundo.

³⁹ Colpensiones, en su calidad de Empresa Industrial y Comercial del Estado, está llamada a resolver cualquier solicitud pensional que el actor –como afiliado– haga en el marco del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

⁴⁰ Cfr. Sentencia SU-961 de 1999.

condición de vulnerabilidad, o si, en todo caso, el desconocimiento del derecho fundamental alegado continúa y es actual⁴¹.

En el asunto bajo examen, Colpensiones consideró que no se había cumplido el requisito de inmediatez, pues el actor inició la causa luego de 20 años, si se advierte que su pretensión pensional fue negada en acto administrativo del 8 de junio de 1994. Por tanto, solicitó que esa falta de diligencia sirviera para declarar la improcedencia del trámite. Sin embargo, esta Sala se aparta de tal posición al verificar que, en primer lugar, el tutelante acudió a este mecanismo poco más de tres meses después de que radicara en la entidad accionada la petición donde requería el pago de la pensión de jubilación o la cancelación de las cotizaciones dejadas de aportar; y, en segundo lugar, aun cuando lo dicho permitiría concluir que la tutela se incoó en un término prudencial, no obsta resaltar que la pretensión última del accionante es acceder a su pensión de vejez, para lo cual requiere de la empresa demandada una obligación específica de hacer que no ha sido satisfecha. Esto presupone que la amenaza de sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna se haya mantenido en el tiempo y sea actual.

3.3. Por último, la Corte también considera superado el requisito de la **subsidiariedad**, según el cual la acción de tutela es residual y por tanto solo podrá hacerse uso de ella cuando “*el afectado no [dispone] de otro medio de defensa judicial*”⁴². La jurisprudencia constitucional, siguiendo lo dispuesto en el artículo sexto del Decreto 2591 de 1991⁴³, ha sostenido que, aunque existan formalmente otros medios judiciales, la tutela será procedente de manera transitoria si aquellos no logran evitar la ocurrencia de un *perjuicio irremediable*⁴⁴, o, de manera definitiva, si se demuestra su falta de *idoneidad*⁴⁵ o *eficacia*⁴⁶ para superar la vulneración o amenaza de las prerrogativas cuya protección se pretende.

⁴¹ Cfr., Sentencia SU-189 de 2012. En esta providencia, la Corte manifestó que: “*En dicho sentido, la jurisprudencia ha planteado que será procedente la tutela cuando falte la inmediatez, solo cuando (i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, verbigracia, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; (ii) cuando la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) cuando exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o (iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.*”

⁴² Constitución Política de Colombia, artículo 86 –inciso tercero–.

⁴³ Decreto 2591 de 1991, artículo 6 –numeral primero–: “*La acción de tutela no procederá: (...) 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*”

⁴⁴ Cfr., Sentencias T-702 de 2008, T-494 de 2010, T-1316 de 2011, T-232 de 2013, T-527 de 2015, T-064 de 2017, entre otras. Un *perjuicio irremediable* existe cuando se acredita: (i) su inminencia, (ii) la gravedad del mismo, (iii) la urgencia de las medidas conducentes para su superación y (iv) la imposibilidad de postergarlas.

⁴⁵ Cfr., Sentencia T-611 de 2001 y T-499A de 2017. En esta última se advirtió que: “*esta Corporación ha entendido que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho compro-metido. La Corte ha señalado que por dimensión constitucional del conflicto se entiende la interpretación del asunto enfocada a una protección más amplia que la legal, ya que “tiene el propósito de optimizar un mandato en las más altas condiciones de racionalidad y proporcionalidad.”*”

⁴⁶ Cfr., Sentencia C-132 de 2018. Un medio judicial es *efectivo* si tiene la facultad de brindar oportunamente y de manera expedita la protección del derecho.

El actor en este asunto, cuenta con la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que, en ese escenario, se evalúe si corresponde a la accionada pagar una pensión de jubilación o efectuar las cotizaciones faltantes a fin de que la prestación sea reconocida por Colpensiones. Esto en virtud del artículo segundo –numeral cuarto– del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social⁴⁷. Sin embargo, en criterio de esta Sala, tal mecanismo no puede entenderse *efectivo* para tal propósito, pues su duración media⁴⁸ no se acompasa con las condiciones especialmente complejas en que se encuentran el accionante y su núcleo familiar.

El señor Tamayo, que, entre otras cosas, ha solicitado en tres oportunidades al ISS⁴⁹ y en dos a la accionada⁵⁰ el reconocimiento de su pensión o la validación de los tiempos trabajados con esta última, cuenta en la actualidad con 88 años de edad. Ha manifestado que se encuentra económicamente a cargo de su esposa, de 83 años, y de sus tres hijos, todos con afecciones serias en su salud: una de ellas fue calificada con el 50.41% de pérdida de la capacidad laboral y los otros dos tienen artritis reumatoide y antecedentes de una falla hepática, respectivamente (*supra* I, 4.2). Asume la manutención del hogar acudiendo al trabajo informal que como carretillero de mano desempeña en la plaza de mercado de Itagüí (Antioquia) y a las dádivas de sus vecinos, ya que, pese a su edad, no cuenta con pensión de jubilación o de vejez. La ausencia de un ingreso formal se encuentra plenamente acreditada con la revisión de los aplicativos de que dispone (i) la ADRES⁵¹, donde se advierte que el actor está actualmente afiliado a la EPS Savia Salud, dentro del sistema subsidiado y que tiene la condición de *cabeza de familia*; (ii) el SISBEN⁵², cuyo puntaje asciende al 33,89; y (iii) el SISPRO⁵³, que no reporta pensión alguna para él⁵⁴.

⁴⁷ “La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: // 4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”.

⁴⁸ En relación con la duración del proceso ordinario laboral, la Sentencia SU-543 de 2019, citando algunos estudios hechos al respecto, advirtió que: “Así, de conformidad con la normatividad vigente, en su primera instancia, el proceso ordinario laboral debe tardar, como máximo, esto es, incluyendo vicisitudes como la inadmisión de demandas o la reprogramación de audiencias de juzgamiento, 242 días corrientes. En su segunda instancia, tendría que tardar 38 días corrientes. No obstante, la práctica judicial cotidiana ha demostrado que estos términos pueden extenderse por variadas razones, entre ellas las prácticas dilatorias de las partes o la congestión de los despachos judiciales, de manera que se ha logrado establecer que en promedio –no con grado de certeza– un proceso de estas características puede tardar en resolverse 366 días corrientes en primera instancia y 168 en segunda”.

⁴⁹ La primera solicitud pensional que elevó ante el ISS se resolvió a través de acto administrativo del 8 de junio de 1994 (*supra* I, 4.4), otra solicitud presentó ante la misma administradora el 1 de septiembre de 1998, esta vez pidiendo que se tuviera en cuenta el periodo laborado con Cervecería Unión S.A., lo cual fue resuelto negativamente (cuaderno de revisión, folio 76). Una última petición fue radicada el 29 de octubre de 2007, allí requería una certificación en la que figurara, como fecha de afiliación al régimen pensional público, el 8 de junio de 1948. No se encuentra en el expediente respuesta (*supra* I, 1.2).

⁵⁰ En abril de 2017, requirió a Cervecería Unión S.A. para que le informara sobre el destino de los aportes en pensión relativos al tiempo en que trabajó para esa entidad (*supra* I, 1.3), la empresa contestó que no había efectuado aporte alguno por no estar obligada a ello. El 11 de noviembre de 2017, solicitó a la misma institución el pago de la pensión de jubilación o de los aportes correspondientes. La respuesta volvió a ser negativa (*supra* I, 1.4).

⁵¹ Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

⁵² Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales.

⁵³ Sistema Integral de Información de la Protección Social.

⁵⁴ Fecha de consulta: 8 de mayo de 2020.

El conjunto de estas circunstancias hace que sea desproporcionado recomendar el inicio de un proceso ordinario laboral, máxime cuando la jurisprudencia constitucional ha indicado, reiterada y pacíficamente, que el análisis del requisito de subsidiariedad debe ser menos estricto si el tutelante se encuentra en una condición de manifiesta debilidad. Por tanto, acudiendo a los mandatos de igualdad material⁵⁵, dignidad humana⁵⁶ y solidaridad⁵⁷, esta Corporación asume que la presente acción es procedente.

4. El tránsito de las prestaciones patronales a las de vejez en Colombia: la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones. Recuento normativo

4.1. Las pensiones patronales, en lo público⁵⁸ y privado⁵⁹, fueron previstas por la Ley 6° de 1945. En lo referido al último sector, para esa fecha, no existía un sistema de seguridad social que se hiciera cargo de las prestaciones sociales y, por ello, los empleadores, siempre que contaran con un capital que superara el millón de pesos, debían pagar la jubilación del trabajador que llegara a los 50 años de edad y cumpliera 20 años de servicios prestados con una misma entidad. Estos tiempos podían ser continuos o discontinuos. No tenían derecho a la pensión, en tal sentido, quienes trabajaban en entidades cuyo capital fuera inferior. Por esto, se castigaba a las empresas que pretendieran hacerse pasar por pequeñas industrias a fin de eludir ese beneficio económico⁶⁰. La Ley 64 de 1946, para ampliar el rango de protección a un número mayor de trabajadores, dispuso que las compañías obligadas a responder por este tipo de emolumentos serían aquellas cuyo capital superara los \$800.000⁶¹.

4.2. Posteriormente, el Congreso emitió la Ley 90 de 1946. Esta fue la primera norma que propuso, progresivamente, eliminar la obligación que tenía el empleador frente al pago de las pensiones de jubilación y establecer un sistema de seguridad social que permitiera incorporar a él todo el tiempo laborado por una persona, independientemente de que lo hubiese prestado para uno o para varios empleadores. La manera en que ello ocurriría,

⁵⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 13.

⁵⁶ Constitución Política de Colombia, artículo primero.

⁵⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 95.

⁵⁸ Ley 6 de 1945, artículo 17 –literal b–: “*Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: // Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo (...)*”.

⁵⁹ *Ibidem*, artículo 14 –literal c–: “*La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada: // c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200), en cada mes (...)*”.

⁶⁰ *Ibidem*, artículo 15: “*No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, cuando una empresa disminuya o fraccione su capital, o restrinja su nómina de salarios, o adopte sistemas que la asimilen a pequeña industria, a industria familiar o a trabajo a domicilio, o se valga de otros recursos análogos para eludir las prestaciones de sus trabajadores, el Gobierno podrá declararla sujeta a las cargas correspondientes a su clasificación real, previo examen de los hechos*”.

⁶¹ Ley 64 de 1946, artículo octavo: “*El capital de las empresas de que habla el artículo 14 de la Ley 6 de 1945 será de ochocientos mil pesos (\$800.000) y sus obligaciones serán las establecidas en los ordinales a), b) y c) del citado artículo, con la diferencia de que el mínimo de la pensión mensual vitalicia de jubilación será de cuarenta pesos (\$40)*”

involucraba la creación del ICSS⁶², en favor del cual se efectuarían cotizaciones mensuales que soportarían, financieramente, el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de esa administradora, una vez se acreditara un mínimo de edad y semanas cotizadas⁶³.

Los aportes incluían un sistema de triple contribución forzosa, donde estaban involucrados los empleados, los empleadores y el Estado. La protección ya no dependería del capital con que contara el *patrono*⁶⁴. Por la entrega de la fracción del empleador y el empleado, respondía el primero, y ello debía hacerse en el tiempo y forma que estableciera el Instituto, esto es, cuando existiera el llamamiento⁶⁵. La ley preveía castigos para los empresarios que no afiliaran a sus trabajadores al seguro, o lo hicieran tardíamente⁶⁶.

El funcionamiento de este esquema inició operaciones lentamente, de allí que la Ley advirtiera que las prestaciones patronales debían seguir rigiendo hasta tanto el seguro las asumiera⁶⁷, lo cual ocurriría en el momento en que esa administradora así lo decidiera. De hecho, son evidentes las amplias facultades que el Congreso otorgó al ICSS para que regulara el proceso de inscripción y pago de cotizaciones en su favor⁶⁸; los requisitos y plazos en que ello debía hacerse⁶⁹; las actividades, regiones y tipos de empresas a las que

⁶² Ley 90 de 1946, artículo primero: “Establécese el seguro social obligatorio de los trabajadores contra los siguientes riesgos: a. Enfermedades no profesionales y maternidad; b. Invalidez y vejez; c. accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y d. muerte.”

⁶³ *Ibidem*, artículo 47: “El asegurado tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia de vejez, no inferior a quince pesos (\$15.), sin necesidad de demostrar invalidez, cuando reúna los requisitos de edad y cotizaciones previas que el Instituto determine”.

⁶⁴ *Ibidem*, artículo 16: “Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos, serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos (\$30.000), o de ciento veinticinco mil (\$125.000) tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado contribuirá con una parte de la respectiva cuota patronal, que el decreto reglamentario fijará entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la misma. Los aportes del Estado se financiarán, en primer término, con los productos de las rentas especiales de que trata el artículo 29, pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables”.

⁶⁵ *Ibidem*, artículo 21: “El patrono estará obligado a entregar la totalidad de la cotización, es decir, tanto su propio aporte como el de sus asalariados, en su caso, a la correspondiente Caja Seccional, en el tiempo y forma que establezca el Instituto. Este determinará si se aplica para los recaudos el sistema de estampillas y libretas o el de planillas, o cualquiera otro. // El patrono, al efectuar el pago del salario de cada asegurado, retendrá la parte de cotización que éste debe aportar en razón del período de trabajo cubierto por el salario y de la clase de riesgo de que se trate, y eventualmente, cualquier tasa, multa o reembolso exigibles del asegurado, de acuerdo con los reglamentos del Instituto”. (Subrayas fuera de texto).

⁶⁶ *Ibidem*, artículo 66: “Toda omisión de inscripción o declaración, inscripción o declaración tardía, o declaración inexacta, además de las sanciones disciplinarias o penales, dará lugar a acción de responsabilidad civil contra el patrono o trabajador respectivo. // La Caja Seccional tendrá derecho a exigir no sólo el pago de las cotizaciones atrasadas, sino también el reembolso, ya sea de la totalidad de las prestaciones suministradas, o bien de la diferencia entre esas prestaciones y las que se habrían causado si las inscripciones o declaraciones hubieran sido oportunas o exactas”.

⁶⁷ *Ibidem*, artículo 72: “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”.

⁶⁸ *Cfr.*, artículos 21 citado.

⁶⁹ Ley 90 de 1946, artículo noveno –numeral tercero–: “El Instituto Colombiano de Seguros Sociales tendrá como funciones principales: // Prescribir los requisitos, plazos, modalidades y sanciones referentes a la obligación que tienen los patronos de inscribirse e inscribir a sus trabajadores en la respectiva Caja

debía llegar desde su iniciación⁷⁰; el orden de prelación de los riesgos que cubriría⁷¹; el monto de las cotizaciones y el número de semanas necesarias para acceder al derecho⁷². Tomando en consideración tales poderes, una demanda de inconstitucionalidad se interpuso contra los artículos 72 y 76 de la Ley, bajo el argumento de que en virtud de estos se habían “*otorgado facultades para modificar las leyes laborales a una entidad administrativa distinta del Gobierno*”, pues, en cualquier caso, se permitía que por disposiciones reglamentarias dejaran de tener efecto las normas que preveían el sistema de pensiones patronales. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia desestimó tal conclusión en la Sentencia No. 70 del 9 de septiembre de 1982, al decir que la desaparición, progresiva también, de las pensiones a cargo de empresas, había sido ordenada por el Congreso de la República y, por tanto, que el rango de acción del Instituto simplemente se circunscribiría a regular la voluntad legislativa⁷³.

Por último, es llamativo que el artículo 76 de la Ley en cita, estableciera la posibilidad de que el ICSS asumiera la pensión de vejez tomando en consideración tiempos trabajados con anterioridad a la fecha en que aquella entró en vigencia, previa cancelación de tales cotizaciones por parte del empleador. La redacción del artículo contenía los siguientes términos: “*para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes*”. Empero, siendo competencia de esa entidad administrativa definir si asumía o no esa posibilidad, decidió no hacerlo y así quedó dispuesto, como se verá, en los reglamentos que redactó sobre la materia.

4.3. Con todo, la implementación de la ley y la puesta en marcha del sistema no estuvieron exentas de traumatismos, en parte, por los virajes políticos de la época. Por cerca de trece años, contados desde la sanción de la Ley 90 de 1946, no se avanzó en la materia, de manera que en ese interregno, el Presidente de la República se vio abocado a reglar, nuevamente, las pensiones patronales en el Decreto 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo)⁷⁴. Sobre el particular, mantuvo la obligación de reconocer esa prestación a quien llegara a los 55 o 50 años, dependiendo de su sexo, y trabajara con el mismo

Seccional ay de avisar todo cambio de personal, toda modificación de salarios, todo accidente de trabajo y las demás circunstancias que los reglamentos del seguro determinen”

⁷⁰ *Ibídem*, artículo noveno –numeral quinto–: “*El Instituto Colombiano de Seguros Sociales tendrá como funciones principales:// Determinar, con aprobación del Presidente de la República, las actividades y regiones y las categorías de empresas situadas fuera de dichas regiones, a las cuales se aplicará la obligación del seguro social desde su iniciación; el orden de prelación de los riesgos que hayan de asumirse, empezando por el de enfermedad maternidad, y las etapas para la organización d ellos servicios restantes y para su extensión progresiva a otras regiones y actividades, y a otras categorías de empresas, a medida que éstas vayan ofreciendo la requerida base*”.

⁷¹ *Ibídem*.

⁷² *Ibídem*, artículo noveno –numeral sexto–: “*El Instituto Colombiano de Seguros Sociales tendrá como funciones principales:// Fijar y modificar de conformidad con los cálculos del Departamento Matemático Actuarial y mediante aprobación del Presidente de la República, el monto de cada uno de los aportes o cotizaciones correspondientes a cada clase de riesgo asegurado; el lapso mínimo durante el cual no podrá ser alterado dicho monto, que no será inferior a un año, y el número de las cotizaciones previas que den derecho a la respectiva prestación en cada modalidad de seguro*”.

⁷³ Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo CLXXI. Jurisprudencia constitucional, 1982.

⁷⁴ Diario Oficial No. 27407. Año LXXXVII. Bogotá, 9 de septiembre de 1950.

empleador por 20 años⁷⁵. Por otra parte, estableció una pensión que se pagaría a quien fuera despedido, sin justa causa, después de 15 años de servicios⁷⁶, prestación cuyas condiciones fueron modificadas con la Ley 171 de 1961, al decir a) que la recibiría quien hubiese sido despedido, sin justa causa, después de haber trabajado más de 10 años, menos de 15; b) que se reconocería desde el despido o desde el cumplimiento de los 60 años, lo que ocurriera de último; c) que si el despido, sin justa causa, se daba después de 15 años de servicios, la prestación se pagaría cuando el trabajador cumpliera 50 años; y d) que también tenía derecho a ella, a partir de los 60 años, quien se retirara voluntariamente después de 15 laborados⁷⁷.

4.4. De manera concomitante, las primeras previsiones que el ICSS expidió para regular lo concerniente a los riesgos de IVM, aparecieron en el Decreto 1695 de 1960⁷⁸, con el que se pretendió ordenar la composición de su Consejo Directivo y delimitar sus funciones, y en el Decreto 1697 del mismo año⁷⁹, aprobatorio del primer “*Reglamento General del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte*”, que el propio Instituto había elaborado a través del Acuerdo 100 de 1960. Esta última norma comprendía reglas referidas a las condiciones necesarias para acceder a la pensión de vejez, exigiendo solamente 500 semanas de cotización y 55 años de edad (mujeres) o 60 (hombres)⁸⁰. Sin embargo, a pesar de lo anterior, no había sido regulada la forma en que debían inscribirse los trabajadores y tampoco el monto de las cotizaciones que debían hacerse en su favor, lo que se dejó pendiente para una posterior reglamentación⁸¹.

⁷⁵ Ibídem, artículo 265 original (en tanto la enumeración del articulado de esta norma sufrió modificaciones en virtud del Decreto 3743 de 1950, en la actualidad este artículo es, con algunas variaciones, el 260): “1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, y que carezca de medios suficientes para su congrua subsistencia, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez. // 2. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicios”.

⁷⁶ Ibídem, artículo 275 original (en tanto la enumeración del articulado de esta norma sufrió modificaciones en virtud del Decreto 3743 de 1950, en la actualidad este artículo es, con algunas variaciones, el 267): 1. Todo trabajador comprendido por este Capítulo que sea despedido sin justa causa después de quince (15) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a que su patrono le pague una pensión mensual vitalicia equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la pensión de jubilación que le hubiere correspondido en caso de reunir todos los requisitos para gozar de esta última. (...).”

⁷⁷ Ley 171 de 1961, artículo octavo.

⁷⁸ Diario Oficial No. 30303. Año XCVII. Bogotá D.E., 12 de agosto de 1960.

⁷⁹ Ibídem.

⁸⁰ Decreto 1697 de 1960, artículo 32: “El asegurado que llegue a los sesenta (60) años, si es varón, o a los cincuenta y cinco (55) años, si es mujer, y que haya aportado por lo menos quinientas (500) cotizaciones semanales, tendrá derecho a una pensión mensual por vejez de la manera como más adelante se establece”.

⁸¹ Ibídem, artículo 55: “Las categorías de salarios, los salarios de base, el tiempo y modalidades de la inscripción, el recaudo de aportes, etc., serán determinados en los reglamentos respectivos. // El valor de las cotizaciones y el sistema financiero del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, serán determinados, igualmente, en reglamentos especiales, con la intervención de la División Técnica del Instituto. El lapso durante el cual no podrá ser alterado el monto de los aportes, no será inferior, a seis (6) meses en ningún caso. // Si el resultado de los estudios que adelante la División Técnica del Instituto, indicare la conveniencia de modificar lo previsto en este Reglamento sobre las bases para el reconocimiento de las pensiones, deberán someterse las recomendaciones a la consideración del Consejo Directivo del ICSS, de conformidad con el artículo 9° de la Ley 90 de 1946”.

En lo sucesivo se presentaron complejas discusiones políticas, jurídicas y económicas que retardaron la asunción definitiva de los referidos riesgos por parte del Instituto⁸², lo cual no vino a suceder sino hasta la adopción de los Decretos 1824 de 1965⁸³ y 3041 de 1966⁸⁴. En el primero de ellos, se dispuso que los afiliados originales serían quienes ya hacían parte del seguro de enfermedad no profesional y de maternidad, que en un término de seis meses la protección se extendería a todas las capitales de departamentos del país y que, en adelante, se procuraría una ampliación gradual a todas las regiones del mismo⁸⁵. Igualmente, se advirtió que una vez el empleador estuviere obligado a ello en virtud de la iniciación del seguro social⁸⁶, debía pagar la cotización que correspondía a él y al empleado, descontándole a este último su proporción del salario⁸⁷. No comprendía esta norma la posibilidad de efectuar cotizaciones por periodos anteriores a la cobertura aludida.

4.5. A partir del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 señalado y aceptando el mandato otorgado por la Ley 90 de 1946, el ICSS reglamentó, en definitiva, todo lo referido a la pensión de vejez y los términos en los que esta sería reconocida. Tendría derecho a ella quien acreditara 60 o 55 años de edad, dependiendo del sexo, y cotizara 500 semanas en los 20 años previos al

⁸² ARÉVALO HERNÁNDEZ, Decsi, *et al.* Estructura y crisis de la seguridad social en Colombia 1946-1992 [en línea]. Colombia: Centro de Investigaciones para el Desarrollo. [Consultado el 1 de mayo de 2020]. Disponible en: http://www.fce.unal.edu.co/media/files/CentroEditorial/catalogo/Libros_Digitalizados/I_Estructura-y-crisis-de-la-seguridad-social-en-colombia-1946-1992_1986.pdf. En efecto, esta obra contiene un recuento de las discusiones principales que se presentaron entre 1960 y 1965 frente a la adopción del sistema de seguros sociales. 1. En lo político, se resaltan algunos sucesos tales como la constante oposición de algunos gremios a su implementación (Pág. 136) retratados en recortes de prensa (Pág. 137) o la postura de unos sectores, según la cual, la entrada en vigencia del seguro social supondría una intervención del estado en los asuntos económicos de las empresas (Pág. 137), el ICSS era incapaz de administrar los seguros económicos (Pág. 138) y su constante politización y dependencia de los gobiernos de turno hacían que se desincentivara su carácter técnico (Pág. 142). 2. En lo económico, se relacionan las polémicas referidas a los estudios actuariales, o al régimen financiero que habría de adoptarse, siendo este el sistema “(...) de primas escalonadas combinadas con el método de reparto de capitales de cobertura” (Pág. 139 y siguientes). 3. En lo jurídico, por último, se menciona una demanda que, en particular, se presentó contra el Decreto 3294 de 1961 (aprobatorio del Acuerdo No. 122 de 1961). Este contenía una reglamentación de los riesgos de IVM y fue demandado el 18 de octubre de 1962, zanjándose la cuestión solo hasta 1964 (Pág. 136).

⁸³ Diario Oficial No. 31717. Año CII. Bogotá D.E., 4 de agosto de 1965. Aprobatorio del Acuerdo 189 del mismo año, “*Por el cual se dicta el Reglamento de Inscripciones, Aportes y Recaudos para el Seguro Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, administrado por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales*”.

⁸⁴ Aprobatorio del Acuerdo 224 del mismo año, “*Por el cual se expide el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte*”.

⁸⁵ Decreto 1824 de 1965, artículo tercero. “*El primer contingente de afiliados al Seguro Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, estará integrado por los trabajadores que en la fecha de vigencia de este Seguro sean afiliados al régimen del Seguro de Enfermedad no Profesional y Maternidad, en las regiones cubiertas por el Seguro Social, con las excepciones establecidas en el Reglamento General del Seguro Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte. // Parágrafo. El Instituto extenderá la prestación de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte a todas las capitales de Departamento dentro de los seis meses siguientes al llamamiento del primer contingente de afiliados, y procurará, posteriormente, extenderlo en forma gradual a todas las regiones del país.*”

⁸⁶ *Ibidem*, artículo 20: “*El patrono estará obligado a entregar al Instituto, a través de la Caja Seccional u Oficina local que corresponda a su jurisdicción, en el plazo y forma determinados en los reglamentos de la correspondiente Caja Seccional u Oficina local, la totalidad de las cotizaciones que sean de su cargo, y las que deban ser satisfechas por el asegurado*”.

⁸⁷ *Ibidem*, artículo 21: “*El patrono, al efectuar el pago del salario de cada asegurado, retendrá la cotización que éste deba aportar para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, correspondiente al período de trabajo cubierto por el salario. Si el patrono no descontare el monto de la cotización del asegurado en la oportunidad señalada en este artículo, no podrá efectuarlo después, y las cotizaciones no descontadas del asegurado, serán también de cargo del patrono*”.

cumplimiento de la edad o 1.000 en cualquier tiempo⁸⁸. La cotización correspondía al 6% de los salarios devengados, donde un 3% era aportado por el empleador, un 1.5% por el trabajador y otro 1.5% por el Estado, valores que aumentaban con los años⁸⁹. Reiteró que la entrega de las cotizaciones debía hacerse por el empleador “*a través de la caja seccional u oficina local que [correspondiera] a su jurisdicción en el plazo y forma que [determinara] el reglamento de aportes y recaudos*”. Si el *patrono* no descontaba del salario la proporción que concernía al trabajador, tenía que pagarla con sus propios fondos⁹⁰. A las cajas seccionales y oficinas locales del ICSS atañía regular la inscripción de los asegurados y beneficiarios⁹¹. Y, en todo caso, se entendió que la fecha de iniciación del seguro era aquella en que el mismo se extendía a una nueva zona o grupo laboral⁹².

Esta norma materializó, en definitiva, los mandatos proferidos por el Congreso en la Ley 90 de 1946. Por tanto, se establecieron las siguientes reglas con las finalidades, primero, de amparar las expectativas prestacionales de los empleados cuyas relaciones laborales estaban vigentes para el momento del llamamiento y, segundo, de garantizar una transición entre el régimen

⁸⁸ Decreto 3041 de 1966, artículo 11: “*Tendrán derecho a la pensión de vejez, salvo lo dispuesto en el artículo 57 del presente Reglamento, los asegurados que reúnan los siguientes requisitos: // a) Tener 60 años o más de edad si es varón y, 55 o más años si es mujer: // b) Haber acreditado un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo*”.

⁸⁹ *Ibidem*, artículo 33: “*Para los primeros cinco (5) años de vigencia del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, se fija la cotización global del seis por ciento (6%) de los salarios asegurables, la cual será satisfecha en un tres por ciento (3%) por los patronos, en un uno y medio por ciento (1.5%) por los asegurados y en un uno y medio por ciento (1.5%) por el Estado. // Después de los cinco primeros años de vigencia de este Seguro, la cotización global será del 9% de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un cuatro y medio por ciento (4.5%) por los patronos, en un dos y cuarto por ciento (2.25%) por el Estado. // Después de los diez primeros años de vigencia de este Seguro, la cotización global será de un doce por ciento (12%) de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un seis por ciento (6%) por los patronos, en un tres por ciento (3%) por los trabajadores y en un tres por ciento (3%) por el Estado. // Después de los quince primeros años de vigencia de este Seguro, la cotización global será de un quince por ciento (15%) de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un siete y medio por ciento (7.5%) por los patronos, en un tres y tres cuartos por ciento (3.75%) por los asegurados y en un tres y tres cuartos por ciento (3.75%) por el Estado. // Después de los veinticinco primeros años de vigencia de este Seguro, la cotización global será de veintidós por ciento (22%) de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un once por ciento (11%) por los patronos, en un cinco y medio por ciento (5.5%) por los asegurados y en un cinco y medio por ciento (5.5%) por el Estado*”.

⁹⁰ *Ibidem*, artículo 38: “*El patrono está obligado a entregar al Instituto, a través de la Caja Seccional u Oficina Local que corresponda a su jurisdicción en el plazo y forma que determine el Reglamento de Aportes y Recaudos, la totalidad de las cotizaciones, que sean de su cargo y las que deben ser satisfechas por el asegurado. // El patrono al efectuar el pago del salario de cada asegurado retendrá la cotización que éste debe aportar para el seguro de invalidez, vejez y muerte, correspondiente al periodo de trabajo cubierto por el salario, si el patrono no descontare el monto de la cotización del asegurado en la oportunidad señalada en este artículo, no podrá efectuarlo después y las cotizaciones no descontadas al asegurado, serán también de cargo del patrono*”.

⁹¹ *Ibidem*, artículo 43: “*La organización, dirección y administración del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, corresponderán directamente al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en todo el territorio nacional. // Además de lo dispuesto en el artículo 38 del presente Reglamento sobre la recaudación de cotizaciones, los reglamentos de aplicación de este Seguro señalarán la acción administrativa que corresponda ejercer a las Cajas Seccionales y Oficinas Locales para la inscripción e identificación de los asegurados y beneficiarios de este seguro; la organización y mantenimiento del registro permanente de tiempos y salarios cotizados; la obtención de los demás medios de comprobación de los derechos; el trámite de las prestaciones; el pago de las mismas; el control de supervivencia de los pensionados; la inversión de las reservas, y en general, la ejecución de este Seguro*”.

⁹² *Ibidem*, artículo 56 –Inciso tercero–: “*Cuando se extienda este seguro por primera vez a una nueva zona o a otros grupos laborales, la fecha de iniciación del seguro se considerará fecha de vigencia para los fines del presente artículo*”.

anterior (pago de pensiones patronales) y el nuevo (asunción del riesgo por el ICSS): (i) el número de semanas de cotización exigido se reduciría, 50 por cada año, para quienes hubieran nacido antes de 1917, sin embargo, el límite consistía en que no podría, en ningún caso, reconocerse una pensión con menos de 250 semanas⁹³. (ii) Las personas que llevaran 15 años de servicios prestados a una misma empresa, debían afiliarse al ICSS. Cuando cumplieran los requisitos del CST, podían pedir la pensión al *patrono*, pero este continuaría cotizando para que, acreditados los requisitos de este Decreto, la persona se pensionara por la administradora. Si la pensión del empleador era superior a la que pagaría el ICSS, el primero solo debía responder al trabajador por ese mayor valor⁹⁴. Y, (iii) quienes hubieran trabajado 10 años o más para la misma empresa, ingresaban como afiliados, pero si eran despedidos sin justa causa, el *patrono* debía pagar la pensión restringida prevista en el artículo octavo de la Ley 171 de 1961. No obstante las cotizaciones debían continuar a efectos de que el ICSS subrogara al empleador en el pago de la pensión⁹⁵.

4.6. Las inscripciones al Instituto iniciaron el 1° de enero de 1967, por orden de su Director General, quien suscribió la Resolución No. 831 de 1966. Con todo, y retomando las reglas indicadas a lo largo de este capítulo, nunca se estableció que, por los periodos anteriores a esa fecha, se debiera efectuar cotización alguna. En efecto, para que existieran aportes en favor de un empleado, este debía encontrarse afiliado; lo que había sido materialmente imposible en años previos. Incluso, quienes quedaron cobijados con el régimen de transición señalado en el párrafo anterior, tuvieron que empezar a cotizar una vez obtenían su inscripción al ICSS. Así, por ejemplo, el artículo 57 del Decreto 3041 de 1966, buscaba proteger a quienes, para la fecha en que el Instituto asumió los riesgos de IVM, ya contaban con más de 50 años de edad. De los 50 a los 60 un hombre podía, si laboraba de manera continua,

⁹³ *Ibidem*, artículo 57: “El número de semanas de cotización fijado en el artículo 11 para el derecho de pensión de vejez, se reducirá en beneficio de los asegurados nacidos antes de 1917 que hubieren cumplido con los demás requisitos señalados en dicho artículo, a razón de 50 semanas de cotización por cada año de diferencia entre 1917 y el año de nacimiento. Tratándose de aseguradas se aplicará la reducción tomando como año de referencia el de 1922. En ningún caso podrá otorgarse la pensión de vejez por menos de 250 semanas de cotización”.

⁹⁴ *Ibidem*, artículo 60: “Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) moneda corriente o superior, ingresarán al Seguro Social Obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este Seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono”.

⁹⁵ *Ibidem*, artículo 61: “Los trabajadores que lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) moneda corriente o superior, diez años o más de servicios continuos o discontinuos ingresarán al Seguro Social Obligatorio como afiliados en las mismas condiciones de los anteriores y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la Ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los Reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por este para otorgar la pensión de vejez, en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión siendo obligación del patrono continuar pagando la pensión restringida. En todo lo demás el afiliado gozará de los beneficios otorgados por el Instituto”.

cotizar las 500 semanas exigidas⁹⁶, pero si había nacido antes de 1917⁹⁷, no lo lograría, de manera que resultaba imperioso, para esos afiliados, disminuir el tiempo de servicios a efectos de que no perdieran la posibilidad de pensionarse o que, después del cumplimiento de la edad, se vieran obligados a trabajar las semanas que hicieran falta para completar 1.000.

De otra parte, los artículos 60 y 61 *ibíd.*, simplemente dieron nacimiento a la figura de la *compartibilidad*, en virtud de la cual, los tiempos laborados, antes de la afiliación al ICSS, en empresas que tenían la capacidad de pensionar, servirían únicamente para obtener el reconocimiento de la prestación patronal, pero, a fin de acceder a la pensión pagadera por el Instituto, correspondía al empleador cotizar en favor del jubilado, desde la afiliación en adelante, las semanas mínimas requeridas en el artículo 11. En caso de acreditarlas, se reconocería la pensión de vejez, correspondiéndole a la empresa únicamente el valor adicional, si es que la jubilación resultaba de mayor cuantía.

Nótese cómo, ni siquiera en estos contextos de transición, se tenían en cuenta, para el pago del beneficio de vejez, periodos trabajados con anterioridad a la asunción de los riesgos que hiciera el Instituto. Si esto era así para los supuestos reglados en los artículos 57, 60 y 61 del Decreto nombrado, *a fortiori* lo era para quienes prestaron servicios con posterioridad a 1946, pero no pudieron acogerse a tales reglas. En otros términos, ninguna persona tuvo la posibilidad, en esta coyuntura y por lo menos reglamentariamente, de hacer valer los tiempos de servicios anteriores al llamamiento.

4.7. Normativamente, la tesis anterior prevaleció en los años que siguieron, habida cuenta que la cobertura de la protección aumentaba gradualmente pero aún existían pensiones patronales. Ello podrá advertirse revisando el Decreto 2665 de 1988⁹⁸, que permitía sancionar a quien omitiera la afiliación de sus trabajadores, estando obligado a ello, y cobrar los dineros dejados de recaudar. En esa norma se señaló, por ejemplo, que la afiliación “(...) *del que no tiene la calidad de trabajador dependiente o independiente, o de quien no se encuentra entre los grupos de población o en la zona geográfica llamada a inscripción* [sería cancelada por inválida]”⁹⁹. Si tal afiliación no procedía, de contera se concluye que tampoco la cotización. En el mismo sentido deben leerse algunas previsiones del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año¹⁰⁰, que derogó el Decreto 3041 de 1966 y en el que se estipuló, entre muchas otras cosas, que el Instituto era “*responsable de las prestaciones de que trata el seguro de invalidez, vejez y muerte a partir de la afiliación*”¹⁰¹; y que “*cuando se extienda [el] seguro por primera vez a una*

⁹⁶ Semanas que debían cotizarse en los 20 años previos al cumplimiento de la edad.

⁹⁷ Dicho de otra forma, si para el 1 de enero de 1967 tenía más de 50 años.

⁹⁸ “*Por el cual se expide el Reglamento General de Sanciones, Cobranzas y procedimientos del Instituto de Seguros Sociales*”.

⁹⁹ Decreto 2665 de 1988, artículo 20 –literal c–.

¹⁰⁰ “*Por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte*”

¹⁰¹ Decreto 758 de 1990, artículo 41 –inciso primero–. En el inciso segundo se señalaba que: “*Cuando un patrono no afilie a un trabajador deberá otorgarle las prestaciones que le hubiere cubierto el ISS en el caso de que lo hubiere afiliado*”.

nueva zona geográfica o a otros grupos de población, la fecha inicial de la obligación a asegurarse, será la del llamamiento a inscripción”¹⁰².

4.8. Con todo, la Ley 100 de 1993 (artículo 33, párrafo primero –literal c–) modificó la lectura aludida cuando estableció que las semanas laboradas en empresas que tenían a su cargo el reconocimiento de la jubilación, con anterioridad a su entrada en vigencia, podían computarse para el reconocimiento de la pensión de vejez siempre que esa vinculación se mantuviera o se iniciara con posterioridad al 23 de diciembre de 1993¹⁰³. Para cuyo efecto era necesario que el empleador realizara el cálculo actuarial¹⁰⁴ regulado en el Decreto 1887 de 1994. Así, por primera vez, se admitían cotizaciones relacionadas con periodos donde el empleador no había adelantado afiliación alguna en favor de sus trabajadores habida cuenta que respondía, con su propio peculio, por la jubilación. Aspecto que, como se verá más adelante, fue declarado exequible por esta Corporación en la Sentencia C-506 de 2001, luego de que la norma se atacara, en interpretación del demandante, porque negaba la posibilidad de que el mismo procedimiento se aplicara en favor de trabajadores cuyo vínculo laboral había finalizado antes de la fecha indicada.

Con la lectura de la Corte se entendió que esta previsión normativa no podía, en manera alguna, aplicar retroactivamente. De manera que, con anterioridad a la misma, que un empleador efectuara cotizaciones únicamente dependía del hecho de que su trabajador estuviere afiliado al sistema.

4.9. A modo de conclusión, luego de la revisión de las leyes y decretos que regulaban la materia, puede sostenerse, más allá de toda duda, que los *patronos* no estaban en la obligación de cotizar por periodos anteriores al momento en que el Instituto asumiera los riesgos de IVM. En su artículo 76, la Ley 90 de 1946 lo planteó como posibilidad, pero, al tiempo, le otorgó amplias facultades al ICSS para que regulara el asunto, entidad que *motu proprio* decidió, en todos los reglamentos que emitió al respecto, que la cotización se efectuaría una vez existiera afiliación y que ello solo tendría lugar cuando se comprobara el llamamiento por su parte. El legislador, en el marco de su libertad, incluyó una excepción a esta regla: que los tiempos trabajados, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con entidades capaces de pensionar, podrían ser tenidos en cuenta para efectos de la pensión de vejez siempre que la vinculación laboral se mantuviera para ese instante o se iniciara luego. Con ello excluyó a quienes habían finalizado su contrato en un tiempo anterior.

¹⁰² *Ibidem*, artículo 46:

¹⁰³ Ley 100 de 1993, artículo 33, párrafo primero –literal c–: “*Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: // c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993*”.

¹⁰⁴ *Ibidem*, artículo 33 –inciso 10–: “*En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional*”.

4.10. Empero, como este asunto ha sido abordado de manera amplia por la jurisprudencia, conviene repasar algunas conclusiones de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia sobre el particular, a fin de construir, con los elementos dogmáticos recaudados, la *subregla* aplicable al caso que se estudia.

5. Recuento jurisprudencial frente a la posibilidad de que las semanas trabajadas antes de que la obligación de cotizar surgiera, fueran tenidas en cuenta por el ISS –hoy Colpensiones–

5.1. *En la Corte Constitucional se han presentado, por lo menos, cuatro posturas, a saber:*

Primera tesis. El empleador no estaba obligado a cotizar antes del llamamiento que hiciera el ISS, por tanto, los periodos laborados para ese momento, no podían computarse a efectos de reconocer una pensión de vejez.

Este Tribunal, en algunos fallos anteriores al año 2012, se pronunció en ese sentido¹⁰⁵. Para argumentar lo dicho, señaló (i) que los trabajadores que se habían empleado con varias empresas privadas –antes del 1º de enero de 1967– no podían acumular esos tiempos a efectos de acceder a una pensión de jubilación, pues, aquella solo se reconocería si acreditaban mínimo 20 años de servicios con un *patrono*. Si no se cumplía esta condición, no tendrían derecho en los términos de la Ley 6 de 1945. Pero tampoco podían ser beneficiarios de la pensión de vejez, tomando en consideración tales periodos trabajados, porque los empleadores no tenían la obligación específica de cotizar frente a ellos. Esta interpretación guarda estricta relación con la teoría de las *meras expectativas* en pensiones, según la cual, una expectativa (no una situación jurídica consolidada) que tiene una persona de pensionarse bajo las normas que se encuentren vigentes al momento en que se relaciona laboralmente con un empleador, puede modificarse a partir de normas posteriores¹⁰⁶.

En la misma línea, la Corte adujo (ii) que la obligación de aprovisionar recursos para, a futuro, entregarle al ISS el valor de un cálculo actuarial, solo nació con el artículo 33, literal *c*, de la Ley 100 de 1993, de manera que tal mandato no existía con anterioridad y si se impusiera, vía legislativa, ello infringiría el principio de la irretroactividad de la ley en el tiempo, lo cual “*sería necesariamente inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica, postulado básico de un Estado de Derecho*”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ *Cfr.*, Sentencias C-506 de 2001, C-1024 de 2004, T-719 de 2011, T-814 de 2011, T-890 de 2011 y T-020 de 2012.

¹⁰⁶ *Cfr.*, Sentencias C-111 de 2006 y C-083 de 2019. En estas providencias se ha resaltado el deber que tiene el legislador de respetar el principio de la sostenibilidad financiera al momento de fijar las reglas pensionales. Se ha advertido que ello tiene como fundamento preservar, financieramente, el propio sistema general de pensiones. La Corte, a su vez, ha aceptado que una nueva ley pueda modificar las reglas anteriores y con ello afectar las expectativas de los afiliados, sin que esto signifique que se puedan modificar las situaciones jurídicas consolidadas.

¹⁰⁷ *Cfr.*, Sentencia C-506 de 2001.

Segunda tesis. Las empresas, aun cuando no habían sido llamadas por el ISS para cotizar en favor de sus empleados, sí mantenían, por mandato de las leyes 6 de 1945 y 90 de 1946, la obligación de aprovisionar los recursos necesarios para que estos fueran tenidos en cuenta al momento de reconocer la pensión de vejez.

Esta postura ha sido defendida por diversas Salas de Revisión¹⁰⁸. Fundamentalmente se sostiene que, en escenarios como el presente, “*la interpretación que se encuentra acorde a la Constitución, es que desde la entrada en vigencia del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar el aporte previo al sistema de seguro social en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asumiera la obligación*”¹⁰⁹. También se ha dicho que tal mandato se encuentra en el artículo 76 de la misma norma, donde se dispuso que el Instituto reconocería tiempos prestados con antelación a su entrada en vigencia si el *patrono* pagaba las cuotas proporcionales que le correspondían¹¹⁰.

Por último, se ha resaltado que este deber también estaría contenido en los artículos 14 y 17 de la Ley 6 de 1945, pues, de su lectura, se desprende que las entidades debían “*hacer los aprovisionamientos necesarios para el pago de la pensión de jubilación de los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios*”¹¹¹.

Tercera tesis. Si bien no existía obligación legal frente a aprovisionamiento alguno, una aplicación acrítica de la Sentencia C-506 de 2001 puede derivar en una situación altamente injusta que no puede ser aceptada a la luz de la Constitución, como lo es que un trabajador pierda un periodo laborado y por ello no logre acceder a la pensión de vejez.

Esta postura intermedia de la Corte¹¹², parte por reconocer que de la normatividad que regula la materia no se desprende el deber de cotizar por tiempos previos al llamamiento del ISS –apelando a argumentos similares a los expuestos en la primera tesis–. No obstante, en aplicación de los principios de solidaridad¹¹³ y de equidad¹¹⁴, y teniendo presente que los espacios dejados por el legislador no pueden afectar desproporcionalmente al trabajador, señala que el juez constitucional debe examinar si es del caso exigir de la empresa, que ha cumplido con lo ordenado, prestaciones adicionales en orden a conseguir que el empleado no pierda su esfuerzo laboral y acceda al derecho pensional.

¹⁰⁸ Cfr., Sentencias T-784 de 2010, T-712 de 2011, T-549 de 2012, T-518 de 2013, T-770 de 2013, SU-769 de 2014, T-469 de 2015, T-714 de 2015, T-207A de 2018, y T-429 de 2018.

¹⁰⁹ Cfr., Sentencia T-784 de 2010.

¹¹⁰ Cfr., Sentencia T-469 de 2015.

¹¹¹ Cfr., Sentencia T-518 de 2013.

¹¹² Cfr., Sentencias T-492 de 2013, T-681 de 2013, T-937 de 2013 y T-435 de 2014.

¹¹³ Cfr., Sentencia T-492 de 2013.

¹¹⁴ Cfr., Sentencia T-937 de 2013.

Cuarta tesis. Se ha dicho que la Sentencia C-506 de 2001, declaró exequible la previsión del artículo 33, literal c, de la Ley 100 de 1993 y, con ello, avaló la imposibilidad de que los tiempos de servicio prestados con empleadores capaces de pensionar, cuya relación laboral hubiere terminado antes de la entrada en vigencia de esa norma, fueran computados a efectos de reconocer una pensión de vejez. En las Sentencias T-410 de 2014 y T-665 de 2015, se argumentó que esa providencia había hecho tránsito a cosa juzgada relativa y, por tanto, que era inaplicable en los supuestos que se estudiaban. Allí se señaló (i) que el análisis en sede de constitucionalidad solo había revisado el cargo relacionado con la vulneración del derecho a la igualdad, pero que no había abordado la lesión que ese mismo precepto causaba frente al derecho a la seguridad social; (ii) que las consideraciones que la sentencia hizo sobre el deber de aprovisionamiento eran accidentales (*obiter dicta*) y, en consecuencia, no vinculantes; y (iii) que era necesario inaplicar, por inconstitucional, el artículo 33, literal c, de la ley 100 de 1993.

Sobre esta base, la Sentencia T-665 de 2015 ordenó al empleador efectuar un cálculo actuarial que pagaría luego a Colpensiones, por los aportes dejados de efectuar cuando no había cobertura del Instituto¹¹⁵.

5.2. *La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha defendido dos posiciones:*

La *primera de ellas*, acogida por varios años¹¹⁶, simplemente resaltaba que, históricamente, el empleador no tenía obligación alguna ni de afiliar ni de cotizar en favor de un trabajador durante lapsos en los que, por falta de cobertura de la entidad de previsión social, no había sido compelido a ello. Así, desde la perspectiva de esa autoridad judicial, era desatinado obligar al empleador a responder por unos aportes que había dejado de hacer, no por capricho, sino por ausencia de prescripción legal. Este argumento sumaba fuerza con la lectura del artículo 20 del Decreto 2665 de 1988, según el cual, era inválida la afiliación de quien no había sido llamado para tal efecto.

Con todo, su posición empezó a cambiar con una Sentencia de 2009¹¹⁷ que, a la postre, se convertiría en el enfoque mayoritario y actual¹¹⁸. Esta *segunda tesis*, sostiene que es necesario que los tiempos trabajados, y no cotizados cuando no existía cobertura del sistema de pensiones, sean habilitados a través de un cálculo actuarial a cargo del empleador.

¹¹⁵ Esta tesis también se asume en las Sentencias T-194 de 2017, T-337 de 2018 y T-396 de 2018, pero no como argumento principal, pues, estas providencias también reconocen la *tesis segunda*, según la cual la obligación del aprovisionamiento nace de la propia ley.

¹¹⁶ *Cfr.*, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencias del 15 de julio de 1994, rad. 6681; del 18 de abril de 1996, rad. 8453; del 24 de febrero de 1998, rad. 10339; del 9 de junio de 2000, rad. 13347; del 31 de enero de 2003, rad. 18999; del 24 de noviembre de 2006, rad. 27475; del 4 de junio de 2008, rad. 28479; y del 10 de julio de 2012, rad. 39914.

¹¹⁷ *Cfr.*, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 22 de julio de 2009, rad. 32922.

¹¹⁸ *Cfr.*, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencias del 16 de julio de 2014, rad. 41745; del 24 de septiembre de 2014, rad. 45107; del 20 de octubre de 2015, rad. 43182; del 24 de febrero de 2016, rad. 57129; del 2 de marzo de 2016, rad. 45209; del 27 de abril de 2016, rad. 42776; del 6 de septiembre de 2017, rad. 51461; del 20 de septiembre de 2017, rad. 42786; del 15 de noviembre de 2017, rad. 45477; y, la más reciente, del 20 de enero de 2020, rad. 69610.

En concreto, se ha afirmado que esta lectura se corresponde con los principios de universalidad, unidad, integralidad y eficiencia, constitutivos del sistema de seguridad social¹¹⁹, a partir de lo cual se concluye que el hecho de no haber existido cobertura del ISS en una época determinada, no exonera al empleador del pago de las cotizaciones correspondientes a los periodos trabajados¹²⁰. De tal modo se ha ordenado la realización del cálculo actuarial aun cuando la relación laboral no se encontraba vigente al 23 de diciembre de 1993. Así se reinterpreto el artículo 33, literal c, de la Ley 100¹²¹.

De otro lado, esa autoridad judicial ha admitido que hubo algunas situaciones no reguladas por el Decreto 3041 de 1966 al momento de fijar las reglas que responderían a la transición hacia las pensiones pagadas por el Seguro Social, una de ellas fue la de quienes contaban con menos de 10 años de servicio prestado a una misma entidad, capaz de reconocer jubilaciones, para la fecha en que tal norma entra en vigencia. Esa omisión, sostiene, no se traduce en la liberación de toda carga económica para el empleador, máxime cuando de la cotización que se echa de menos depende el reconocimiento del derecho pensional. Afirmar lo contrario sería tanto como admitir que la imprevisión del legislador frente al particular y sus consecuencias, deberían recaer exclusivamente sobre la parte débil de la relación laboral¹²².

5.3. La *primera tesis* de las dos Corporaciones Judiciales, cuenta, en efecto, con argumentos legales sólidos, en tanto es fiel a una lectura contextual de la forma en que nació el sistema de seguridad social y cómo se fue expandiendo con el tiempo, de allí que, claramente, como se afirmó en las conclusiones

¹¹⁹ Ley 100 de 1993, artículo segundo. “El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación: // a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; b. UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida; d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley; // e. UNIDAD. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social (...)”.

¹²⁰ Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 16 de julio de 2014, rad. 41745. En palabras de ese alto Tribunal: “Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas”.

¹²¹ Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencias del 22 de julio de 2009, rad. 32922 y del 24 de febrero de 2016, rad. 57129.

¹²² Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 16 de julio de 2014, rad. 41745. Esta Sentencia sostuvo que “[e]n efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional”. “Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación”.

situadas en el acápite contentivo del régimen legal (*supra* II, 4), el empleador, con un capital suficiente para pensionar con las reglas de la Ley 6 de 1945, no estaba obligado a remitir el valor de las cotizaciones correspondientes a periodos en que el ISS no había alcanzado su cobertura. Sin embargo, además de que este argumento –expuesto de forma pura y simple– no ha sido retomado judicialmente, por lo menos, desde 2012 hasta la fecha, no resuelve el complejo dilema de justicia material en que se ubica quien trabajó y por una imprevisión de la administración (sobre la que se volverá en el capítulo que sigue) no puede acceder a la pensión de vejez.

5.4. Correlativamente, se concluye que la obligación de cotizar por los periodos relacionados en el párrafo anterior, no es un mandato de la ley. La *segunda tesis* acogida por algunas salas de revisión de la Corte Constitucional, en tal sentido, no es de recibo. La dificultad que plantea surge de que se confunden dos escenarios distintos: el de la pensión de jubilación pagada por el empresario y el de la prestación que reconocería el extinto ISS. Parte de afirmar que si el empleador estaba obligado a pagar una pensión cuando el trabajador acreditara 20 años de servicio, debía guardar los recursos para, llegado ese momento, efectuar tal reconocimiento. Ahora, ese aprovisionamiento, al haberse realizado, y en caso de que no se cumplieran los 20 años aludidos, debía pasar en forma de cotización al Instituto cuando este ampliara su cobertura. No obstante, de lo primero¹²³ no se desprende lo segundo¹²⁴ toda vez que, por mandato de la Ley 90 de 1946, la obligación de cotizar al ISS solo surgía cuando este así lo indicaba.

5.5. Acudir a la *cuarta tesis* de esta Corporación, por otra parte, no viene al caso en tanto, de tenerse en cuenta las semanas que el accionante trabajó desde 1948 hasta 1961, el derecho pensional se habría causado –constituyendo una situación jurídica consolidada– en 1992, esto es, con anterioridad a la sanción de la Ley 100. De manera que no parece correcto debatir si las previsiones de su artículo 33 deben aplicarse retroactiva o retrospectivamente; y menos discutir si deben inaplicarse en virtud de una eventual excepción de inconstitucionalidad.

5.6. Por lo dicho, la Sala, en esta oportunidad, seguirá la *tercera tesis* esbozada en algunas decisiones de la Corte Constitucional, acompañada de ciertos argumentos de la Corte Suprema de Justicia que le sirven de soporte. Para tal fin es del caso preguntarse, en el capítulo que sigue, por la justicia y equidad de la transición entre pensiones patronales y pensiones de vejez. En este análisis, se cuestiona si es razonable, en términos constitucionales, permitir que una persona, con ocasión de una omisión reglamentaria, pierda un periodo trabajado y, por esta misma razón, no acceda a una pensión.

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

¹²³ La obligación, en cabeza del empleador, de aprovisionar los recursos para el pago de pensiones de jubilación.

¹²⁴ Pagar, con los dineros del aprovisionamiento, las cotizaciones en favor del ISS por periodos anteriores a la extensión de su cobertura.

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

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

“El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales”¹²⁵. (Subrayas fuera de texto).

6.3. Así entonces, el Instituto tenía la posibilidad de recibir el pago de las cotizaciones que correspondieran a esos tiempos, en principio, no cotizados por falta de cobertura. Si la autoridad administrativa aceptaba ese compromiso, debía regular la forma en que correspondería al empleador pagar las “*cuotas proporcionales correspondientes*”¹²⁶ de que trata el artículo. Dicho de otra manera, el empleador no debía cancelar tales cuotas si antes el ICSS no se disponía a recibirlas. Con todo, y por lo observado en el recuento normativo, la entidad decidió no asumir esos tiempos y, por consiguiente, nunca dispuso de qué manera debían cobrarse las cotizaciones aludidas. Omitir este aspecto fue el resultado de la voluntad de su Consejo Directivo.

6.4. Esta omisión generó, indirectamente, que los tiempos trabajados por todos aquellos que no cumplieron con las reglas de transición previstas en el Decreto 3041 de 1966 (artículos 57, 60 y 61; *supra* II, 4.5.), no sirvieran a

¹²⁵ Ley 90 de 1946, artículo 76.

¹²⁶ Podría debatirse frente al concepto de las *cuotas proporcionales correspondientes*. Desde la perspectiva de esta Sala, si el Instituto así lo hubiera asumido, correspondería al empleador pagar el fragmento de la cotización por el que debía responder. Siendo obligación del Estado y de la persona beneficiada, aportar el valor restante.

ningún fin en materia de seguridad social, a pesar de que habían sido fruto de su esfuerzo. Las consecuencias de la omisión referida, como se advierte, afectan únicamente al trabajador, no al empleador ni al Estado. Además, ello no cuenta con una justificación concreta y suficiente. Es decir, al revisar las normas emitidas por el ICSS, no se descubre que la falta de regulación de estos supuestos se haya fundado en causas precisas e imperiosas en virtud de las cuales fuere necesario sacrificar los intereses legítimos del empleado. De allí su injusticia.

6.5. En este punto, la Sala se remite al análisis efectuado, particularmente, en las Sentencias T-937 de 2013 y T-435 de 2014 en lo referido a la equidad como criterio idóneo para remediar las injusticias derivadas de la omisión reglamentaria, máxime cuando se trata de resolver un asunto inscrito en la lógica del derecho laboral, pues, en tal contexto, el propio Código Sustantivo del Trabajo ha permitido al juzgador su uso¹²⁷. A esta altura, y en concordancia con lo que señala el artículo 230 Superior¹²⁸, es preciso acudir a él, también, en su calidad de criterio auxiliar.

6.6. En principio, es ampliamente aceptado que las reglas previstas por el legislador deben ser aplicadas a todos los casos que se circunscriben a ellas, precisamente porque las normas han de entenderse generales y, por tanto, de aplicación universal *prima facie*; lo cual garantiza, entre otros, el derecho a la igualdad. Sin embargo, fallar en equidad permite al operador jurídico revisar si a la luz del caso concreto y sus particularidades, la subsunción del asunto en la ley no permite una solución justa y, por tanto, es preciso proponer otra que sí lo sea. La Sentencia T-435 de 2014¹²⁹, advirtió, en otras palabras, “*que la equidad tiene como propósito ajustar el derecho a las particularidades de cada asunto, racionalizando la igualdad que la ley presupone y ponderando aquellos elementos que el legislador no consideró como relevantes y que, por lo mismo, pueden llevar a la formación de injusticias. [L]a equidad tiene en cuenta los efectos concretos que se derivan para las partes del hecho de cumplir con el deber de decidir un asunto en específico*”.

6.7. En lo que se refiere al elemento de la ponderación, con esta herramienta se busca permitir al juez distribuir las cargas que la norma, con un carácter abstracto, impuso a sus destinatarios¹³⁰. Asimismo, admite remediar los “*espacios dejados por el legislador, con miras a evitar la consolidación de*

¹²⁷ Cfr., Sentencia T-435 de 2014. Esa providencia citó, para afirmar lo mismo que se reitera en esta oportunidad, lo dispuesto en el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber: “*Cuando no haya norma expresamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los convenios y recomendaciones adoptados por la organización y las conferencias internacionales del trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarias a los derechos del trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad*” (resaltado fuera del texto original). La misma Sentencia recordó que el artículo 18 del CST advierte que para la interpretación del Código “*(...) debe tomarse en cuenta su finalidad, expresada en el artículo 1º*”, siendo esta “*(...) la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social*”.

¹²⁸ Constitución Política, artículo 230 –Inciso segundo–: “*La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*”.

¹²⁹ Citando las Sentencias SU-837 de 2002 y T-681 de 2013.

¹³⁰ Cfr., Sentencia C-1547 de 2000.

*injusticias, ya sea porque no se regló una hipótesis específica dentro de una norma, o porque una situación en general no ha sido regulada*¹³¹. Del mismo modo, cabe señalar que decidir un caso acudiendo a las reglas de la equidad, no implica hacerlo arbitrariamente, razón por la que es esencial identificar, en el contexto empírico, las circunstancias que dan al asunto una connotación especial, en el marco de la cual aplicar literalmente un enunciado normativo puede constituir una carga excesivamente onerosa para una de las partes¹³².

6.8. Se ha visto que la regulación de la materia expuesta en esta providencia impuso una carga desproporcionada al empleado, cual fue la de impedirle el conteo de los tiempos trabajados antes de su afiliación al seguro social a efectos de poder acceder a su pensión de vejez. Así también, se advierte que el ICSS libró totalmente al empleador del pago de tales aportes, aun cuando pudo asumir una posición distinta en virtud de las facultades dadas por el artículo 76 de la Ley 90 de 1946. En consideración a este desequilibrio, la Corte estima que deben redistribuirse proporcionalmente las cargas a fin de ofrecer una solución justa. Sobre el asunto, refiriéndose en concreto a aquellos eventos donde con ocasión de circunstancias como las presentes una persona no puede completar las semanas mínimas requeridas para obtener la pensión de vejez, la Corte ha señalado que: *“(...) es precisamente la carga excesivamente onerosa que debe soportar el trabajador en estos casos lo que repugna a dicho principio [el de la equidad], pues como consecuencia de la ausencia de un remedio jurídico a su situación, estas personas actualmente no cuentan con un auxilio mínimo en su senectud, a pesar de haber entregado su fuerza laboral, en casi todos los casos, en su edad más productiva”*¹³³.

6.9. Con todo, teniendo presente que la equidad es un principio que busca soluciones ponderadas, tampoco corresponde, en su nombre, imponer cargas desproporcionadas en cabeza del empleador. Este, por las disposiciones enunciadas, tenía dos obligaciones concretas: una, era la de pagar una pensión de jubilación si se acreditaban los requisitos previstos en la Ley 6 de 1945 o

¹³¹ Cfr., Sentencia C-1547 de 2000. Citada por las Sentencias SU-837 de 2002, T-937 de 2013 y T-435 de 2014. *“(...) el lugar de la equidad está en los espacios dejados por el legislador y su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto. La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la ley a un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que éste se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales. La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal, es decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis, la equidad exige decidir como hubiera obrado el legislador. En la primera hipótesis la equidad corrige la ley, en la segunda integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la ley resultaría una injusticia”*.

¹³² Lo dicho es una paráfrasis de la Sentencia SU-837 de 2002, citada por la T-435 de 2014, que señaló cuáles son los rasgos característicos de la equidad: *“El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la cual se encuentran las partes –sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial– es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso”*.

¹³³ Cfr., Sentencia T-937 de 2013. Citando la Sentencia SU-837 de 2002, se recordó que: *“(...) La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación. (...) [L]a equidad busca evitar la arbitrariedad y la injusticia, aún la injusticia que pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal”*.

en el Código Sustantivo del Trabajo; y, la otra, era efectuar las cotizaciones en favor de su empleado siempre que el ICSS lo llamara. Sin embargo, el hecho de que por la omisión reglamentaria referida el *patrono* no hubiese respondido con lo anterior, no es óbice para que esta Sala busque un mínimo de “*justicia en las relaciones que surgen entre [las partes], dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social*”¹³⁴.

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

*“(i) La relación laboral se inició y se extinguió antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 [...]; (ii) No cumplir con los presupuestos para acceder a la pensión de jubilación prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, por no haber laborado 20 años de manera continua con el mismo empleador; (iii) Tampoco cumplir los requisitos para acceder a la “pensión sanción” o a su equivalente, ni para beneficiarse de las hipótesis de compartibilidad establecidas y ya explicadas, entre otras normas, en el Decreto 3041 de 1966; (iv) Si durante la vigencia de la relación laboral el empleador no tuvo la obligación legal de afiliarlo al ISS, ni de pagar las respectivas cotizaciones periódicas; y (v) El tiempo cotizado sea insuficiente para acceder a la pensión de vejez, pero que sumado con el período trabajado sobre el cual no se realizaron aportes, cumple con el número necesario de semanas para obtener la prestación [...] o estaría muy cerca de ello”*¹³⁵.

6.11. Los criterios anteriores permiten al juez constitucional definir si una persona puede ser beneficiaria de la pensión de vejez en los términos expuestos, pero no resuelven en qué condiciones deben ser habilitados los tiempos no cotizados en caso de que ello suceda. La misma sentencia citada, pretendió resolver el asunto indicando tres reglas adicionales: la primera, establece que los aportes deben realizarse en favor de la administradora de pensiones, no por la totalidad del tiempo laborado (sin cobertura del ICSS), sino por el “*necesario restante para que la persona pueda pensionarse o todo si las semanas aún son insuficientes*”¹³⁶; la segunda, ordena que la base para el referido pago no debe ser el sueldo que devengaba el antiguo empleado, “*sino el salario mínimo de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral*”¹³⁷; y, la tercera, estipula que el trabajador también debe participar en la cancelación de estos aportes “*en una proporción*”¹³⁸.

¹³⁴ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo primero.

¹³⁵ Cfr., Sentencia T-435 de 2014. Fundamento Jurídico 5.5.8.

¹³⁶ Ibídem. Fundamento Jurídico 5.5.6.1.

¹³⁷ Ibídem.

¹³⁸ Ibídem.

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

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

7. Caso concreto

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

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

7.3. Esta fue, en efecto, la situación del actor. Para analizar su caso y su eventual derecho prestacional, es preciso detenerse en los siguientes hechos probados: 1) nació el 25 de marzo de 1932¹³⁹; 2) trabajó, sin cotizaciones, para la Cervecería Unión S.A. por dos periodos: el primero, desde el 8 de junio de 1948 hasta el 10 de septiembre de 1951; y el segundo, desde el 4 de mayo de

¹³⁹ Así lo soporta su cédula de ciudadanía (cuaderno de revisión, folio 44) y su partida de bautismo (cuaderno de instancia, folio 14).

1953 hasta el 29 de agosto de 1961¹⁴⁰; y 3) ha cotizado, también de manera interrumpida, 476,43 semanas entre el 7 de julio de 1969 y el 24 de marzo de 1981¹⁴¹.

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

Asimismo, el actor no se encontraba contemplado en los supuestos previstos en los artículos 57, 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966, toda vez que (i) nació después de 1917, luego, tenía que acreditar el número mínimo de semanas exigido en el artículo 11 de la misma norma, esto es, 500 en los 20 años previos al cumplimiento de la edad o 1.000 en cualquier tiempo; (ii) no completó 15 años de servicios con la Cervecería Unión S.A.; y (iii) como se ha visto, aunque superó los 10 años de trabajo con aquella, no está clara la causa de su desvinculación¹⁴².

7.5. En lo que tiene que ver con el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de vejez que pagaba el Seguro Social, se advierte que los 60 años de edad los cumplió el 25 de marzo de 1992. Para ese momento, el Decreto 3041 de 1966 (Acuerdo 224 del mismo año) había sido derogado por el Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 del mismo año). Sin embargo, a pesar del tránsito normativo, el artículo 11 de la primera norma se reprodujo, en idénticos términos, en el artículo 12 de la segunda¹⁴³. Así, revisado el historial de cotizaciones (sin tener en cuenta el periodo laborado con la accionada) se tiene que durante toda su vida laboral, posterior a 1967, el tutelante aportó, con diversos empleadores, 476,43 semanas, de las cuales, en el lapso comprendido entre los 40 y los 60 años, cotizó 360¹⁴⁴: escenario en el que no tendría derecho a la prestación.

No obstante, si se sumara a los anteriores tiempos lo trabajado con la Cervecería Unión S.A. (596 semanas), se tendría que el peticionario cumplió

¹⁴⁰ Según certificación suscrita por la Gerente Técnica de la Cervecería Unión S.A. (cuaderno de instancia, folio 8).

¹⁴¹ Esto de conformidad con la historia laboral, actualizada al 10 de octubre de 2018, emitida por Colpensiones (cuaderno de revisión, folio 81).

¹⁴² De conformidad con el artículo 61 del Decreto 3041 de 1966, los 10 años a que se hace referencia podían haberse prestado de manera continua o discontinua.

¹⁴³ Decreto 758 de 1990, artículo 12: “Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: // a) Sesenta (60) o más años de edad si es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, // b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”.

¹⁴⁴ Así se dispuso en la Resolución No. 5585 de 1994, a través de la cual el ISS negó la pensión de vejez al tutelante (cuaderno de revisión, folio 83)

con 1.072 semanas, en cualquier tiempo, esto es, más de lo exigido en el Decreto 758 de 1990. De tal manera, concluye la Corte, para el reconocimiento y pago de la prestación, es esencial, en este caso, que se validen, a través de un mecanismo equitativo como el dispuesto en la parte dogmática de esta providencia (*supra* II, 6.11), no todas las semanas por las que la accionada dejó de aportar, sino solo las necesarias para completar el tiempo que falte para la pensión, es decir, 523,57. Esto porque, de lo contrario, el señor Tamayo Ramírez perdería su esfuerzo laboral y con ello vería afectados irremediablemente sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna.

7.6. En suma, admitiendo que la no cotización de los periodos en disputa se debió a la falta de regulación del ICSS –entidad delegada por el Congreso para darse sus propias normas y regular lo concerniente a los riesgos de IVM– y no a una cierta omisión del empleador, no puede proceder el sistema del cálculo actuarial. En este punto, esta Sala se aparta de la posición sostenida por la Corte Suprema de Justicia en los últimos años (*supra* II, 5.2.), según la cual, corresponde al empleador pagar ello en su totalidad, porque este era quien tenía bajo su responsabilidad el reconocimiento de la pensión patronal, en caso de que se causara¹⁴⁵.

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

¹⁴⁵ *Cfr.*, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 15 de noviembre de 2017, rad. 45477. Esta providencia contiene un recuento sobre la materia. Resalta que la habilitación, a través de un cálculo actuarial, de los tiempos no cotizados por falta de cobertura, se ordenó desde la Sentencia del 22 de julio de 2009, rad. 32922, al decir que era “(...) *deber del empleador [...] habilitar todo el tiempo en que el trabajador le hubiere prestado servicios mediante el traslado del cálculo actuarial correspondiente*”. Se señaló también que, en la Sentencia del 16 de julio de 2014, rad. 41745, se dispuso que “*el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes*”, lo cual se haría a través de un cálculo actuarial. Por último, y a sabiendas de que existen muchas más providencias pronunciándose en tal sentido, se resaltan las conclusiones a las que llegó la Sentencia del 15 de noviembre de 2017, rad. 45477, afirmando que: “*Para dar solución a esta eventualidad, esta Corporación le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el respectivo cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, correspondiente al tiempo de servicio prestado sin cobertura del ISS, con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, tal y como se puede apreciar en las sentencias antes reseñadas (CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 32922), donde se impuso condena en este sentido, por haberse encontrado que el empleador, si bien no tuvo el deber de afiliación al ISS en todo el tiempo de la prestación del servicio, de todas formas, sí era de su cuenta la pensión mientras no hubo afiliación*”.

7.7. Esta Sala estima que exigir de la empresa el pago de la totalidad de los aportes adeudados, tiene una connotación sancionatoria. Históricamente ha procedido cuando un empleador no ha afiliado a un trabajador o no ha cancelado los aportes en su favor, aunque debía hacerlo. Desde los Decretos 1824 de 1965 y 3041 de 1966 se estipuló como castigo, para el empresario, el desembolso integral de la cotización –incluida la cuota del trabajador– solo cuando no descontaba del salario de aquél la proporción que le correspondía. En los demás eventos, los aportes tenían que financiarse de manera tripartita, participando, al tiempo, el Estado, el empleador y el empleado. Ambos Decretos, en sus artículos 21 y 38, respectivamente, incluyeron una cláusula idéntica del siguiente tenor: “*Si el patrono no descontare el monto de la cotización del asegurado en la oportunidad señalada en este artículo, no podrá efectuarlo después y las cotizaciones no descontadas del asegurado, serán también de cargo del patrono*”.

7.8. También es sancionatoria la previsión dispuesta en el literal *d* del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, incluido por la Ley 797 de 2003. Allí se establece que, para el reconocimiento pensional, también puede tenerse en cuenta “*el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador*”, la solución que el mismo artículo plantea es que la empresa cancele un cálculo actuarial para que esos tiempos sean tomados en consideración por el Régimen de Prima Media. En esta misma línea, el Decreto 1833 de 2016, en su artículo 2.2.16.7.18 –inciso sexto–, señala con toda claridad que este remedio judicial es aplicable cuando “*por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo*” (subrayas fuera de texto).

7.9. En la actualidad, este llamado cálculo actuarial, se encuentra regulado en el mismo Decreto 1833 de 2016 de cuyo contenido se extrae, primero, que su valor depende de unas formulaciones matemáticas específicas y, segundo, que en su pago no participa nadie más que el empleador¹⁴⁶.

7.10. Este Tribunal asume, entonces, que en razón a que la Cervecería Unión S.A. no omitió, por su propio capricho el pago de las cotizaciones correspondientes a periodos donde el Instituto no había logrado la cobertura necesaria, la habilitación de una parte de esos tiempos¹⁴⁷ debe hacerse a través de un mecanismo alternativo, que responda a la realidad de este caso y que sea equitativo. Esto porque, así como se ha sostenido que no es procedente que el trabajador asuma en soledad las consecuencias de la no reglamentación de estos escenarios, tampoco puede cobrarse al empleador la totalidad de lo debido porque con eso se afirmarían que fue su responsabilidad la no entrega de tales dineros, lo que, como ha quedado demostrado a lo largo de la providencia, sería incorrecto.

¹⁴⁶ Decreto 1833 de 2016, artículos 2.2.4.4.2., 2.2.4.4.3. y 2.2.4.4.4.

¹⁴⁷ La necesaria para que el accionante pueda pensionarse.

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

7.12. Por otra parte, habida cuenta que las cotizaciones necesarias para que el actor acceda al derecho deben pagarse, a efectos de que la administradora de pensiones encuentre soporte financiero para el reconocimiento de la prestación, ampliando lo dispuesto por la Sentencia T-435 de 2014¹⁴⁸, se establecerá una fórmula en la que, tomando como referencia el salario mínimo de aquella época¹⁴⁹, se aporten 523,57 semanas, de las 596 trabajadas con la accionada, en la forma tripartita indicada por los artículos 16 de la Ley 90 de 1946¹⁵⁰ y 33 del Decreto 3041 de 1966¹⁵¹. Con esto, el empleador deberá

¹⁴⁸ Supra II, 6.11.

¹⁴⁹ Esta fórmula busca habilitar el tiempo requerido para acceder a la pensión, pero no tiene incidencia en la determinación del monto de la misma, de conformidad con la forma en que una pensión de vejez debía reconocerse con base en el Decreto 758 de 1990 –artículo 20–.

¹⁵⁰ Ley 90 de 1946, artículo 16: “*Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos, serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos (\$30.000), o de ciento veinticinco mil (\$125.000) tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado contribuirá con una parte de la respectiva cuota patronal, que el decreto reglamentario fijará entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la misma. Los aportes del Estado se financiarán, en primer término, con los productos de las rentas especiales de que trata el artículo 29, pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables*”.

¹⁵¹ Decreto 3041 de 1966, artículo 33: “*Para los primeros cinco (5) años de vigencia del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, se fija la cotización global del seis por ciento (6%) de los salarios asegurables, la cual será satisfecha en un tres por ciento (3%) por los patronos, en un uno y medio por ciento (1.5%) por los asegurados y en un uno y medio por ciento (1.5%) por el Estado. // Después de los cinco primeros años de vigencia de este Seguro, la cotización global será del 9% de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un cuatro y medio por ciento (4.5%) por los patronos, en un dos y cuarto por ciento (2.25%) por el Estado. // Después de los diez primeros años de vigencia de este Seguro, la cotización global será de un doce por ciento (12%) de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un seis por ciento (6%) por los patronos, en un tres por ciento (3%) por los trabajadores y en un tres por ciento (3%) por el Estado. // Después de los quince primeros años de vigencia de este Seguro, la cotización global será de un quince por ciento (15%) de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un siete y medio por ciento (7.5%) por los patronos, en un tres y tres cuartos por ciento (3.75%) por los asegurados y en un tres y tres cuartos por ciento (3.75%) por el Estado. // Después de los veinticinco primeros años de vigencia de este Seguro, la cotización global será de veintidós por ciento (22%) de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un once por ciento (11%) por los patronos, en un cinco y medio por ciento (5.5%) por los asegurados y en un cinco y medio por ciento (5.5%) por el Estado*”.

cancelar un 50%, el trabajador un 25% y el Estado –representado por Colpensiones– otro 25%. Así, la Corte busca, por un lado, dar cumplimiento a la regulación de la época y, por otro, cobrar al Estado una parte de la cuota, lo cual se corresponde con un sentido de justicia si se asume que el causante de la omisión de que trató el capítulo quinto fue el ICSS.

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

7.14. Por último, en tanto fue informado por Colpensiones que mediante la Resolución No. 13718 de 2008, el ISS reconoció al actor una indemnización sustitutiva en cuantía única de \$3.805.277 m/cte, tomando en consideración las 476,43 semanas efectivamente cotizadas, esta Corte considera necesario que, en virtud de la incompatibilidad entre esa prestación y la pensión de vejez, tal valor deba cobrarse al actor con su respectiva indexación. Así las cosas, tanto ese monto, como el 25% de los aportes pendientes de pago por algunos periodos que trabajó con la accionada, corren por su cuenta, de manera que se faculta a la administradora de pensiones para que descunte ambos conceptos de las mesadas que a futuro se le paguen o, en su defecto, realice un acuerdo de pago con él.

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

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

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

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

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

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada
Con salvamento parcial de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General