

**Supuestos de Omisión En La Afiliación: La Evolución Legislativa y
Jurisprudencial de La Sala Laboral En La Protección Frente a La Contingencia de
La Vejez**

Por:

Mateo Acevedo Salazar

Camilo Castañeda Pérez

Asesor:

Armando Múnera Posada

Universidad EAFIT

Escuela de derecho

Medellín

2023

Tabla de Contenido

RESUMEN	4
ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN	5
1. LA CONTINGENCIA DE LA VEJEZ EN LEGISLACIÓN LABORAL COLOMBIANA	5
1.1. LA LEY 06 DE 1945 – PRIMER ESTATUTO ORGÁNICO DEL TRABAJO EN COLOMBIA	6
1.1.1. Primeras disposiciones laborales	6
1.1.2. Prestaciones patronales.....	8
1.2. LA LEY 90 DE 1946 – EL RÉGIMEN DEL SEGURO SOCIAL	9
1.2.1. Seguro Social e Instituto Colombiano de Seguros Sociales	9
1.2.2. Protección a través de prestaciones	11
1.2.3. Obligaciones de los empleadores	13
1.3. EL DECRETO 3041 DE 1966 – REGLAMENTO GENERAL DEL SEGURO SOCIAL	14
1.3.1. Requisitos para obtener la pensión de vejez y régimen de transición al I.C.S.S.	14
1.3.2. La solución del Código Sustantivo del Trabajo.....	16
1.4. EL ACUERDO 049 DE 1990/DECRETO 758 DE 1990	19
1.4.1. Sistema de subrogación de riesgos de origen legal	19
1.4.2. Concepto de semana efectivamente cotizada.....	20
1.4.3. Acto jurídico de la afiliación y acto jurídico de la cotización	22
1.5. ESTADO DE COSAS PRE-CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991	23
1.6. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – EL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL	24
1.7. LA LEY 100 DE 1993 – EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES DENTRO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL	26
1.7.1. Sistema general de pensiones	26
1.7.2. Régimen de prima media con prestación definida	28
1.7.3. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad	31
1.7.4. El cálculo actuarial y los bonos pensionales	35
2. SUPUESTOS DE OMISIÓN EN LA AFILIACIÓN	36
2.1. TIEMPO PÚBLICO NO COTIZADO	36
2.1.1. Problema jurídico.....	38
2.1.2. Precedente.....	39
2.1.3. Criterio actual – la sentencia SL1947 del 2020	40
2.2. AUSENCIA DEL I.S.S. EN LA REGIÓN	44
2.2.1. Problema jurídico.....	46
2.2.2. Precedente.....	47
2.2.3. Criterio actual – la Sentencia SL9856 de 2014.....	50
3. PRETENSIÓN DE RECONOCIMIENTO DE TIEMPO NO COTIZADO POR OMISIÓN EN LA AFILIACIÓN CON PENSIÓN DE VEJEZ EN LA JURISDICCIÓN LABORAL CONTEMPORÁNEA	56

3.1. Reconocimiento de prestaciones con recobro de recursos por medio de títulos pensionales	56
3.2. Reconocimiento de prestaciones con recobro de recursos por medio de títulos pensionales en el RAIS	64
4. CONCLUSIONES.....	73
REFERENCIAS.....	76

RESUMEN

El ordenamiento jurídico colombiano ha buscado garantizar de manera universal y eficiente la protección frente a la contingencia de la vejez como una obligación inherente al trabajo humano. A lo largo de la historia del derecho laboral y de la seguridad social en el país, esta protección ha adoptado diferentes formas y ha sido encomendada a distintos actores. Debido a que la protección de este riesgo ha sido definida y redefinida por cada uno de los regímenes normativos que el legislador ha diseñado, han surgido dificultades en la sucesión normativa durante la implementación de cada régimen. Estas dificultades han representado obstáculos en el reconocimiento de los derechos pensionales de los colombianos, siendo los casos más comunes aquellos relacionados con la omisión en la afiliación. Por lo tanto, invocando la garantía de derechos fundamentales, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha refinado su jurisprudencia, intentando dar respuesta a estas dificultades que durante tantos años han afectado significativamente los derechos mínimos laborales de los trabajadores.

ABSTRACT

The Colombian legal system has sought to guarantee universal and efficient protection against the contingency of old age as an inherent obligation of human labor. Throughout the history of labor law and social security in the country, this protection has taken various forms and has been entrusted to different actors. Due to the fact that the protection of this risk has been defined and redefined by each of the regulatory regimes that the legislator has designed, difficulties have arisen in the normative succession during the implementation of each regime. These difficulties have represented obstacles in the recognition of pension rights for Colombians, with the most common cases being those related to the omission of affiliation. Therefore, invoking the guarantee of fundamental rights, the Labor Chamber of the Supreme Court of Justice has

refined its jurisprudence, attempting to address these difficulties that have significantly affected the minimum labor rights of workers for many years.

INTRODUCCIÓN

A lo largo del desarrollo del derecho laboral y de la seguridad social en Colombia, han sido constantes las dificultades en la consolidación de los derechos pensionales, toda vez que, en cada etapa del camino, se han configurado distintos supuestos que entorpecen el reconocimiento oportuno de la protección ante las contingencias que afectan la calidad de vida de los trabajadores colombianos. ¿Qué ha dado origen a estos supuestos? ¿En qué consisten y cuáles soluciones ha previsto el ordenamiento jurídico? Son algunas de las incógnitas que se pretenden responder con este ensayo.

Una primera parte analiza la evolución del riesgo de la vejez en la legislación laboral colombiana, los distintos regímenes, las obligaciones que impusieron y cargo de quién, las dificultades en su aplicación y las dificultades que supuso la constante evolución normativa.

Un segundo momento estudia algunos de los obstáculos que con mayor frecuencia aparecen de cara a la protección frente a los riesgos inherentes al trabajo, sus causas y tratamiento en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

La tercera parte expone las dificultades para aplicar algunas de las soluciones propuestas para los mencionados obstáculos en el ejercicio jurisdiccional contemporáneo, para finalmente concluir con una reflexión sobre la naturaleza misma del sistema y las enseñanzas que han dejado estos casi 80 años de evolución normativa y jurisprudencial.

1. LA CONTINGENCIA DE LA VEJEZ EN LEGISLACIÓN LABORAL COLOMBIANA

Con la Constitución de 1991, el constituyente afinó el concepto de Seguridad Social Integral, concibiéndolo como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos que le garantizan a la persona y a la comunidad una calidad de vida digna mediante la protección de

las contingencias que la pudiesen afectar. Para lograr este titánico cometido, el constituyente dotó a la Seguridad Social Integral de dos dimensiones, la primera es la de servicio público de carácter obligatorio bajo la dirección, coordinación y control del Estado, mientras la segunda dimensión es la de derecho fundamental irrenunciable.

En la actualidad, el Sistema de Seguridad Social Integral está compuesto por el Sistema General de Salud, el Sistema de Riesgos Laborales y, la piedra angular del presente escrito, el Sistema General de Pensiones. Como ya se anticipó, la afiliación a los subsistemas que conforman el Sistema de Seguridad Social es obligatoria debido a su carácter de derecho irrenunciable. El concepto de Seguridad Social, así como el Sistema General de Pensiones, son creaciones relativamente novedosas, acuñadas con la expedición de la Constitución Política y de la Ley 100, en 1991 y 1993 respectivamente. La evolución normativa que condujo al origen de la actual acepción de Seguridad Social se desarrolló de manera gradual. Aunque el concepto es producto de dicha evolución, la obligación de proteger a los trabajadores frente a las contingencias que impactan su calidad de vida fue concebida por el ordenamiento jurídico hace aproximadamente 80 años. Por lo tanto, **es necesario detenerse y estudiar la evolución normativa de la protección frente a la contingencia de la vejez, su obligatoriedad, características y problemáticas derivadas de su ejecución.**

1.1. LA LEY 06 DE 1945 – PRIMER ESTATUTO ORGÁNICO DEL TRABAJO EN COLOMBIA

1.1.1. Primeras disposiciones laborales

La protección frente a las contingencia de vejez data de 1945, cuando se instituyó en Colombia **el primer Estatuto Orgánico del Trabajo, la Ley 06 de esa anualidad**; este instrumento surgió como respuesta a la necesidad de regular en Colombia las relaciones laborales individuales y colectivas, así como la jurisdicción laboral y las indemnizaciones o prestaciones a cargo del empleador. Esta ley fue la primera en introducir los elementos

esenciales de un contrato de trabajo, los límites en la jornada laboral, el descanso dominical obligatorio, entre otros conceptos vigentes hoy en día, veamos:

ARTÍCULO 1°. – Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que éstas se sujeten, a horario, reglamentos o control especial del patrono.

A falta de estipulaciones lícitas escritas, el contrato de trabajo se entenderá celebrado de conformidad con los modelos que el Gobierno promulgue previa audiencia de comisiones paritarias de patronos y trabajadores, y las obligaciones recíprocas que de él emanen se tendrán por ajustadas en las condiciones usuales en la región que sean más acordes con la aptitud del trabajador y con la naturaleza del negocio.

Los modelos a que el presente artículo se refiere, no podrán contener estipulaciones más gravosas para los patronos ni menos favorables para los trabajadores, que las señaladas por la ley (negrilla fuera del texto original).

ARTÍCULO 3°. – Las horas de trabajo no podrán exceder de ocho (8) al día, ni de cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las excepciones legales. Sin embargo, la duración máxima de las labores agrícolas, ganaderas o forestales, será de nueve (9) horas diarias o de cincuenta y cuatro (54) en la semana. Las actividades discontinuas o intermitentes, así como las de simple vigilancia, no podrán exceder de doce (12) horas diarias, a menos que el trabajador resida en el sitio del trabajo. El Gobierno podrá ordenar la reducción de las jornadas de trabajo en las labores que sean especialmente peligrosas o insalubres, de acuerdo con dictámenes técnicos al respecto, y previa audiencia de comisiones paritarias de patronos y trabajadores (negrilla fuera del texto original).

ARTÍCULO 7º. – El descanso dominical obligatorio será remunerado por el patrono a los asalariados que, habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborables de la semana, no falten al trabajo. Con todo, si la falta no excediere de dos días, y, además, ocurriere por justa causa comprobada o por culpa o disposición del patrono, este deberá también al asalariado la remuneración dominical (negrilla fuera del texto original).

1.1.2. Prestaciones patronales

También se acuñó el término “PRESTACIONES PATRONALES” para referirse a todas aquellas prestaciones económicas a cargo del empleador con ocasión del desarrollo del contrato de trabajo. Bajo este término de prestaciones patronales, se desarrollaron las bases de lo que hoy conocemos como prestaciones sociales, indemnización por despido y seguridad social, por ejemplo:

ARTÍCULO 12, LITERAL E. – Quince días continuos de vacaciones remuneradas, por cada año de servicio que se preste a partir del diez y seis (16) de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944). La época de vacaciones será señalada por el patrono, a más tardar dentro del año subsiguiente. Queda prohibido compensar las vacaciones en dinero antes de extinguirse el correspondiente contrato de trabajo, pero las partes podrán convenir en acumular las vacaciones hasta por cuatro años.

ARTÍCULO 12, LITERAL F. – Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

La ley le encomendó al empleador la protección frente al riesgo de vejez señalando que **esta obligación iría hasta la creación de un Seguro Social el cual sustituiría a los empleadores en la asunción del riesgo de vejez¹**. Es decir, el empleador no se eximiría de su

¹ **ARTÍCULO 12. –** Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros.

responsabilidad respecto a la protección frente a la contingencia de vejez de sus trabajadores, en forma de reconocimiento y pago de pensión vitalicia de jubilación, hasta que el naciente Instituto de Seguros Sociales lo sustituyera efectivamente en la asunción de dicho riesgo:

ARTÍCULO 17. – Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

(...)

LITERAL B. – 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, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes.

LITERAL C. – Pensión de invalidez al empleado u obrero que haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio, mientras dure la incapacidad, equivalente a la totalidad del último sueldo o salario devengado, sin bajar de cincuenta pesos (\$50) ni exceder de doscientos pesos (\$200).

Este breve repaso histórico del primer estatuto orgánico del trabajo nos permite concluir que, desde que el legislador decidió regular las relaciones laborales en Colombia, **comprendió que la protección ante la contingencia de vejez es inherente al trabajo**, por lo tanto, sistemáticamente lo incluyó en la primera consagración normativa referente a la regulación laboral en el país.

1.2. LA LEY 90 DE 1946 – EL RÉGIMEN DEL SEGURO SOCIAL

1.2.1. Seguro Social e Instituto Colombiano de Seguros Sociales

Posteriormente, tal y como fue ordenado por la Ley 06 de 1945, el 26 de diciembre de 1946 el Congreso de la República promulgaría **la Ley 90 de 1946 “Por la cual se establece el**

seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”, sometida a consideración del Congreso por el Ministro del Trabajo de la administración Lleras Camargo, Adán Arriaga Andrade, el 26 de julio de 1945. **Esta ley estableció el Seguro Social Obligatorio y creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (I.C.S.S.)**, enunciando como ventajas sobre el modelo de la Ley 06 de 1945 o de “prestaciones patronales”, principalmente: **i)** Este modelo iría en consonancia con una tendencia mundial que aboga por implementar la figura del seguro social obligatorio; **ii)** El Seguro Social asegura los derechos de los trabajadores, en contraste con el régimen de prestaciones sociales, donde la protección depende de la solvencia del empleador. En este último caso, los empleados pueden quedar desprotegidos si la empresa se declara en quiebra o desaparece de manera inesperada; **iii)** En el régimen del Seguro Social, la carga financiera es menor, toda vez que los empresarios cotizan en proporción a los salarios que pagan, distribuyendo la carga financiera entre todos los empleadores y trabajadores, mientras que en el régimen de prestaciones patronales, incluso las grandes empresas soportan una carga excesiva y las empresas de pequeños capitales quedan desamparadas; **iv)** Con el Seguro Social, el trabajador contribuye al pago por el servicio que recibe y exige como derecho, además, puede reclamar mayores prestaciones pagando mayores cotizaciones sin entrar en malentendidos con el empleador, toda vez que es un organismo impersonal el encargado del reconocimiento de su prestación; **v)** Introduce la muerte como una contingencia que, al igual que la invalidez y la vejez, quedan aseguradas por el Seguro Social a cargo del I.C.S.S. Debido a la naturaleza de esta contingencia, los beneficiarios tales como viudo(a), hijos, etc. son introducidos como sujetos contemplados por el ordenamiento jurídico en lo que respecta a prestaciones derivadas del trabajo, y: **vi)** Establece la obligatoriedad y la universalidad en su aplicación, cobija a todas las personas que presten sus servicios a otra en virtud de un contrato de trabajo.

Respecto al campo de aplicación, la Ley 90 precisó:

ARTÍCULO 1°. – 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.

ARTÍCULO 2°. – Serán asegurados por el régimen del seguro social obligatorio, todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico (negrilla fuera del texto original).

En este punto, es posible evidenciar vestigios de lo que en la actualidad conocemos como principio de universalidad y de irrenunciabilidad. El primero supone que todas las personas, sin discriminación alguna, tienen derecho a acceder, en forma oportuna y eficaz a las prestaciones ofrecidas por las instituciones que componen el Sistema de Seguridad Social Integral. Mientras que el segundo comprende el derecho cierto e indiscutible a la seguridad social por el mero hecho de ser trabajador, implica a su vez que el trabajador no puede transar, renunciar ni modificar su derecho.

1.2.2. Protección a través de prestaciones

Retomando el análisis sobre la Ley 90 de 1946, esta norma **introdujo la acepción de que la protección ante las contingencias se ejecuta a través de prestaciones** que, según su naturaleza, podrán ser en especie o en dinero (hoy en día las conocemos como prestaciones asistenciales o económicas). De igual forma, estableció que los recursos necesarios para cubrir las prestaciones serían obtenidos a través de un sistema triple de contribución forzosa entre

empleado o asegurado, empleador y Estado. En la ley quedó consagrado en los siguientes términos:

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.

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que, la Ley 50 del 46' añadió toda una nueva dimensión a la protección de las contingencias, partiendo de la base de que todos los trabajadores en Colombia deben estar afiliados al I.C.S.S. y que la cotización es paralelamente obligatoria. Aunque fue un proyecto ambicioso de difícil ejecución, lo cierto del caso es que, al igual que la Ley 06 del 45', dejó unos cimientos sólidos para el desarrollo del sistema contemporáneo. Además, es necesario destacar que, si bien esta ley buscaba subrogar al empleador en la protección frente a las contingencias de los empleados, propendió porque los derechos de estos no fuesen afectados por dicha transición.

Una transición de tal magnitud implicó que su ejecución fuese gradual y progresiva, lo que en la práctica significó el origen de dificultades que terminarían por afectar los derechos de los afiliados. **El presente trabajo estudiará las hipótesis relativas a la omisión en la**

afiliación, que tuvieron su auge debido a la implementación paulatina del régimen del Seguro Social. Si bien la ley es clara en los términos que debía desarrollarse la implementación paulatina del Seguro Social, lo cierto del caso es que, para muchos empleadores, que no contaron con formación en la incipiente legislación laboral y de la seguridad social, no fue claro su papel ni sus obligaciones.

1.2.3. Obligaciones de los empleadores

La mera creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales no subrogó inmediatamente a los empleadores de las obligaciones impuestas por la Ley 06 de 1945; en sus artículos 72 y 76 se estableció:

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.

ARTÍCULO 76. – 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.

En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley (negrilla fuera del texto original).

En virtud de esta disposición, **los empleadores debían realizar el aprovisionamiento de recursos necesarios** correspondientes a cada prestación para que estos fueran entregados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales una vez se llevara a cabo la afiliación de cada trabajador. Lo que ocurrió en la realidad es que gran parte de los empleadores asumieron erróneamente que su obligación, de cara a la contingencia de vejez, quedó subrogada inmediatamente por el I.C.S.S. desde su creación; mientras que otros empleadores, debido a la lenta conformación del Instituto en las periferias del territorio, concluyeron que, si este no había llegado a la región, no había obligación de afiliación ni tampoco aprovisionamiento de recursos para el eventual reconocimiento de las prestaciones sociales.

1.3. EL DECRETO 3041 DE 1966 – REGLAMENTO GENERAL DEL SEGURO SOCIAL

1.3.1. Requisitos para obtener la pensión de vejez y régimen de transición al I.C.S.S.

El reglamento general del Seguro Social no se promulgaría sino hasta el 19 de diciembre de 1967 a través del Acuerdo 224 de 1966 aprobado a través del Decreto 3041 de 1966. Allí se señalaron los requisitos para obtener la pensión de vejez, además de dictar disposiciones de transición para aquellos trabajadores que, al momento de asegurarse en el I.C.S.S., ya tuviesen 10 años de servicios:

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

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.

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

ARTÍCULO 59. – Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte hubiesen cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa, de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) o superior, cualquiera que fuere su edad, **no estarán obligados a asegurarse contra el riesgo de vejez, y en consecuencia al llegar a la edad prevista en el artículo 260 del Código Sustantivo del trabajo y retirarse del servicio podrán reclamar con las modalidades y condiciones que establecen las leyes respectivas, la pensión de jubilación al patrono responsable.**

También estarán exceptuados del seguro obligatorio de vejez, los trabajadores que en el momento inicial estén gozando de una pensión de vejez a cargo de un patrono.

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) 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 este 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.

ARTÍCULO 61. – Los trabajadores que lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) 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 8o. 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 éste para otorgar la pensión de vejez, en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión restringida. En todo lo demás el afiliado gozará de los beneficios otorgados por el instituto (negrilla fuera del texto original).

PARAGRAFO. Esta disposición regirá únicamente durante los primeros 10 años de vigencia del seguro invalidez, vejez y muerte.

De lo anterior, podemos concluir que la norma buscó garantizar el acceso a la pensión de vejez para los trabajadores que hubiesen reunido ciertos requisitos antes de la promulgación del reglamento, en esencia, son disposiciones excepcionales en atención al tiempo servido y no cotizado de un trabajador dentro de una misma empresa. Estas excepciones y condiciones especiales varían según el tiempo de servicio en la empresa, y pueden incluir la posibilidad de reclamar la pensión de jubilación al patrono en lugar de al Instituto, el ingreso al Seguro Social obligatorio con ciertas condiciones, y la obligación de seguir cotizando hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez.

1.3.2. La solución del Código Sustantivo del Trabajo

Mientras aún no se encontraba en firme el reglamento del I.C.S.S., se promulgó mediante el Decreto Ley 2663 del 05 de agosto de 1950, el **CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO**. Este

instrumento, al igual que la Ley 06 de 1945 busca regular las relaciones laborales en el territorio nacional con la finalidad añadida de lograr justicia entre las mismas:

PRINCIPIOS GENERALES

ARTÍCULO 1°. – OBJETO. La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre {empleadores} y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

Con el fin de no obstaculizar la idea que se viene desarrollando, se centrará el análisis sobre el CST en lo relativo a la contingencia de vejez.

El título IX del código se titula, incluso hasta hoy en día: “**PRESTACIONES PATRONALES ESPECIALES**” esto es relevante toda vez que da cuenta de la dilación entre la promulgación de la Ley 90 de 1946 que instaura el Seguro Social y su aplicación en la práctica. Mientras el I.C.S.S. dirimía los requisitos para el reconocimiento y pago de las prestaciones frente a la contingencia de la vejez, el CST llenó el vacío normativo, al menos transitoriamente, regulando la pensión de jubilación en los siguientes términos:

ARTÍCULO 260. – DERECHO A PENSIÓN.

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, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

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 servicio.

Con la promulgación del Acuerdo 224 de 1966, las disposiciones del CST referentes a pensión no fueron derogadas, si bien *prima facie* pareciese que se trata de dos enunciados normativos que regulan la prestación de pensión de vejez con sus requisitos y a cargo de quién, en la realidad la Corte Suprema ha sostenido uniforme y consistentemente que:

[...] **la pensión de jubilación establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, a cargo del empleador, tenía un carácter esencialmente transitorio** y, por lo mismo, los trabajadores que no tenían más de 10 años para cuando el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, o los que comenzaron a laborar después de dicho momento, y fueron oportunamente afiliados, quedaron sometidos en su integridad al Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966. Por esa misma vía, ha descartado la posibilidad de que a dichos servidores se les aplique artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, a través del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como lo reclama la censura. (Ver CSJ SL399-2013, reiterada en CSJ SL6844-2016, CSJ SL6513-2017, CSJ SL11478-2017 y CSJ SL760-2018, entre otras.)

Sobre lo anterior, el Código Sustantivo del Trabajo claramente establece que las prestaciones patronales y, en especial, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación únicamente deja de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el I.C.S.S.:

ARTÍCULO 259. – REGLA GENERAL.

1. Los empleadores o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.

2. **Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales**, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto (negrilla fuera del texto original).

En este punto, encontramos que en lo relativo a la pensión de vejez existía toda una amalgama normativa que pretendía asegurar a los trabajadores frente a la contingencia de vejez.

1.4. EL ACUERDO 049 DE 1990/DECRETO 758 DE 1990

1.4.1. Sistema de subrogación de riesgos de origen legal

Hasta la promulgación del Decreto 758 de 1990 mediante el cual se aprobó el Acuerdo 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, **en Colombia existía un sistema de subrogación de riesgos de origen legal**. Como se anticipó anteriormente, en la práctica, este sistema de subrogación se aplicó tardíamente. En varias regiones del país el llamado para la afiliación de empleados por parte del I.S.S. no se había hecho ni para cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, esto significó que la consolidación del derecho pensional de gran parte de los trabajadores en el país se viera afectado.

Con el Acuerdo 049 de 1990, se dio un intento por unificar la legislación existente sobre la materia. Sea lo primero indicar que, bajo esta nueva norma, la protección ante el riesgo de vejez continuó siendo obligatorio para todos los trabajadores:

ARTÍCULO 1°. – AFILIADOS AL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2° del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:

1. En forma forzosa u obligatoria: a) Los trabajadores nacionales o extranjeros **que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje**; b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y; c) Los pensionados

por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él (negrilla fuera del texto original).

(...)

1.4.2. Concepto de semana efectivamente cotizada

El Decreto 758 de 1990 estableció como obligatoria la afiliación al I.S.S. únicamente para los trabajadores que prestaran sus servicios a empleadores particulares, dejando en completo abandono a los empleados públicos del orden nacional y territorial. Junto al llamado tardío del I.S.S. a los empleadores en la mayoría de las regiones del país, esta hipótesis de tiempo público no cotizado **comprende gran parte de los supuestos de no afiliación**. En aras de unificar los diversos enunciados normativos relativos a los riesgos de IVM, con el Acuerdo 049 del 90' se prescindió del concepto de "tiempo de servicios", estableciendo la semana efectivamente cotizada como única forma de acceder a las prestaciones del Seguro Social, veamos:

ARTÍCULO 6°. – Requisitos de la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido, y; b) **Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas** dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.

ARTÍCULO 12. – Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se 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 (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo (negrilla fuera del texto original).

Bajo el régimen del Acuerdo 049, no fue admisible ninguna otra forma de acceder a la pensión que no fuera a través de la cotización de semanas al I.S.S.; **cotización que, recordemos, únicamente era obligatoria para trabajadores dependientes de empleadores particulares**, mientras que para los empleados públicos fue facultativa. Esta diferenciación desconoce que el trabajador, durante su vida laboral, puede laborar en el sector público y en el sector privado, pues hace parte del vaivén del mercado laboral. **La disposición en cuestión contraría décadas de desarrollo legislativo y jurisprudencial que contemplaba el trabajo humano como base del aseguramiento frente a contingencias que afecten la calidad de vida del trabajador.**

El daño que le generó esta norma a la consolidación de los derechos pensionales de los trabajadores ha sido de tal magnitud que, hasta hace poco, la imposibilidad de sumar tiempo público o tiempo no cotizado al I.S.S. en el marco del Acuerdo 049 de 1990 era el criterio imperante en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

En la sentencia SL16104-2014, esta Sala de la Corte sostuvo:

Esta Corporación en pacífica y reiterada jurisprudencia, ha señalado que para los beneficiarios del régimen de transición cuyo régimen anterior sea el del Seguro Social contenido en el A. 049/1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, la exigencia del número de semanas debe entenderse como aquellas efectivamente cotizadas al I.S.S., puesto que **en el aludido acuerdo no existe una disposición que permita adicionar a las semanas cotizadas, el tiempo servido en el sector público** (negrilla fuera del texto original).

Como se expondrá más adelante, los instrumentos para integrar tiempo de servicios cotizados para el reconocimiento y pago de prestaciones relativas a la vejez no se contemplarían en su totalidad sino hasta el año 2020 aproximadamente.

1.4.3. Acto jurídico de la afiliación y acto jurídico de la cotización

Otra característica destacable es que el régimen del Acuerdo 049 fortaleció los conceptos de **ACTO JURÍDICO DE LA AFILIACIÓN** y **ACTO JURÍDICO DE LA COTIZACIÓN** como pilares fundamentales del Seguro Social Obligatorio, relegando a un segundo plano la concepción de que el trabajo del afiliado es el núcleo de la prestación económica de pensión, característico de los regímenes que le antecedieron. En ese sentido, la afiliación fue concebida como un acto solemne mediante el cual un trabajador quedaba cobijado por el I.S.S. para la protección de las contingencias de invalidez, vejez y muerte; **el Decreto 758 del 90' no contempló ningún supuesto de omisión en la afiliación, pero este fenómeno ocurrió y ocurre en la realidad a pesar de que el legislador tradicionalmente haya dejado por fuera algún tipo de consagración normativa o remedio para el trabajador.** De otro lado, con el acto jurídico de la cotización se consolida la necesidad de garantizar la financiación y estabilidad del sistema, el sentido detrás de este acto es el de supeditar el computo de semanas, necesario para el reconocimiento de prestaciones, al pago efectivo de aportes económicos a cargo del empleado, del empleador y del estado.

En teoría, con el Decreto 758 de 1990 se unificarían los distintos regímenes de pensión vigentes en el ordenamiento jurídico laboral colombiano; no obstante, al igual que ocurrió con el CST y el Acuerdo 224 de 1966, su expedición no dejó sin efectos ni siquiera disposiciones tan antiguas como la Ley 06 de 1945 o régimen de prestaciones patronales, en efecto, dice la norma:

ARTÍCULO 46. – Ampliación de cobertura del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte. **Cuando se extienda este seguro por primera vez a una nueva zona geográfica o a otros grupos**

de población, la fecha inicial de la obligación a asegurarse, será la del llamamiento a inscripción (negrilla fuera del texto original).

Interpretando el enunciado a través de un silogismo disyuntivo, se puede concluir que el sentido de la norma indica que mientras el Seguro Social no se haya extendido a ciertas zonas geográficas del país o a grupos específicos de población, no existiría la obligación de asegurarse. Por lo tanto, **en esos casos, la ley aplicable seguiría siendo la Ley 06 de 1945**, que contiene el régimen de las prestaciones patronales.

La consagración normativa de este supuesto es gravísima, pues contempla la vulneración de los derechos pensionales de los trabajadores en las periferias del país, toda vez que: **i)** Reconoce que, **pese a ser ordenada su creación hace 45 años, el Instituto de Seguros Sociales se ha visto insuficiente en subrogar a los empleadores en la asunción de la protección de las contingencias de invalidez, vejez y muerte en la totalidad del territorio colombiano**, y; **ii)** Como ya fue expuesto, niega la posibilidad de acreditar semanas ante el I.S.S. para el reconocimiento de prestaciones económicas mediante instrumentos distintos al de la cotización, teniendo en cuenta que, no solo se encontraban vigentes por lo menos otros tres regímenes pensionales (prestaciones patronales, régimen del Seguro Social y régimen pensional del CST) sino que también desconoce que un mismo trabajador pueda prestar sus servicios a un particular y a una entidad pública.

1.5. ESTADO DE COSAS PRE-CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Es menester detenerse en este punto, antes de analizar lo que implicó la promulgación de la Carta Política de 1991 y la Ley 100 de 1993, y recapitular brevemente la herencia que los regímenes anteriores dejaron en lo relativo a la protección de la contingencia de la vejez y las obligaciones que impusieron para lograr tal cometido: **i)** Los regímenes previos al Acuerdo 049 de 1990 contemplaron la protección del trabajador frente a la contingencia de la vejez **como inherente al trabajo mismo**; **ii)** Es un derecho cierto e indiscutible, **el ordenamiento jurídico**

no ha contemplado ningún escenario en el que el trabajador dependiente prescinda, transe o modifique la obligación que se tiene de garantizarle la protección ante dichas contingencias; **iii)** Esta protección ha tomado varias formas, pero el ordenamiento jurídico a lo largo de la historia ha propendido porque el trabajador dependiente, como parte débil en las **relaciones laborales que por su naturaleza son asimétricas**, tenga la menor carga entre los llamados a responder por estos riesgos; **iv)** Tradicionalmente, el empleador ha jugado un papel protagónico en dicha obligación. Bajo el régimen de las prestaciones patronales era su deber reconocer y pagar la prestación de vejez, en el régimen del Seguro Social debía aprovisionarse de recursos para ser entregados al I.S.S. cuando este segundo hiciera el llamado para la afiliación de empleados, bajo el Acuerdo 049 de 1990 debía afiliar al trabajador al I.S.S., reportar las semanas de trabajo y financiar parte de la cotización que en últimas sufragaría la prestación del trabajador, y; **v)** La omisión en la afiliación es una problemática que surge con ocasión del retardo en la implementación del Instituto de Seguros Sociales en la totalidad del territorio colombiano y que se recrudece por la exclusión hecha a través el Decreto 758 de 1990 de los trabajadores de entidades públicas.

1.6. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – EL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL

Sin ánimos de desprestigiar el impacto social, cultural, económico y político que significó la expedición de La Constitución Política de 1991, limitaremos el análisis en lo relativo a Seguridad Social. Como fue anticipado en la introducción de este acápite, la Seguridad Social como concepto es una producción relativamente reciente, acuñada por el mayor y más solemne de los poderes, el Constituyente Primario, con ocasión de la promulgación de la Carta Política:

ARTÍCULO 48. – La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el **derecho irrenunciable a la Seguridad Social.**

El Estado, con la participación de los particulares, **ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social** que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante (negrilla fuera del texto original).

La Seguridad Social no solo tiene una naturaleza dual, es servicio público y derecho irrenunciable, sino que también ha sido concebido como un instrumento que garantiza el ejercicio de derechos fundamentales, toda vez que guarda una relación intrínseca con el principio de dignidad humana:

La seguridad social surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo².

La protección ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte se había concebido como inherente a la condición de trabajador. Con la Constitución Política de 1991, el espectro se amplió y desde entonces, la protección se predica, no solo como un derecho exclusivo del ámbito laboral, sino como una condición para la realización de la dignidad humana toda vez que “hace posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos³”.

² Sentencias T-113 de 2021, T-173 de 2016 y T-484 de 2019.

³ Sentencia T-113 de 2021.

1.7. LA LEY 100 DE 1993 – EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES DENTRO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

1.7.1. Sistema general de pensiones

Naturalmente, bajo esta nueva intelección de Seguridad Social, las normas que configuraban la protección frente a la contingencia de la vejez resultaron insuficientes en el mejor de los casos y obsoletas por regla general. Por lo tanto, para hacer frente a este estado de cosas, el Congreso de la República promulga el 23 de diciembre de 1993, la LEY 100 DE 1993 ***“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”***.

Para efectos de este ensayo, se delimitará el análisis a lo relativo al libro I. de la Ley 100, es decir, al Sistema General de Pensiones.

La principal característica del Sistema General de Pensiones es que reconoce la gravedad de las falencias en los regímenes anteriores y, en lugar de propender por subsanarlas, opta por un nuevo régimen distinto. En esos términos fueron expuestos los principales argumentos que justificaron el nuevo sistema frente al Congreso de la República, durante la exposición de motivos realizada por el Ministro del Trabajo y de la Seguridad Social, LUIS FERNANDO RAMÍREZ:

La nueva Constitución Política impone a la Seguridad Social criterios de universalidad, solidaridad y eficiencia. El sistema vigente falla en todos los tres, así como en la posibilidad de que con meros ajustes administrativos, de cotizaciones o beneficios, pueda llegar algún día a cumplirlos. Un sistema pensional contributivo tardará mucho en llegar a ser universal, y por lo tanto debería ser complementado con subsidios y programas independientes, que atiendan a quienes no acceden a sistemas de tal tipo, especialmente a los pobres de la tercera edad. La financiación de tales programas no puede recaer sobre las cotizaciones para pensiones, sino que ha de proceder de los recursos fiscales de todos los

niveles estatales. Así es que es posible desarrollar, solidarizar y extender la seguridad social en sus aspectos pensionales, sin provocar grave impacto sobre el mercado laboral.

(...)

La mayor deficiencia del sistema pensional vigente es su baja cobertura. Sólo un 20% de los colombianos está cubierto por el ISS, Cajanal y demás Cajas de Previsión, y los que son afiliados a dichas entidades no representan más del 50% de los asalariados. La causa principal de la baja cobertura reside en una estructura del empleo e ingresos, en la cual un 65% de los trabajadores se ocupa en los sectores campesino e informal urbano, y hay un 40% de pobreza, dado lo cual un sistema de pensiones basado en contribuciones regulares de empleadores y trabajadores dependerá ante todo del crecimiento y la modernización para extender su cobertura.

Lo que una reforma del sistema pensional puede hacer para superar semejante falta de cobertura es entonces procurar que dicho sistema no tenga un impacto adverso sobre el crecimiento y el empleo formal, eliminar las características que puedan fomentar la evasión, e incentivar la afiliación de independientes con capacidad de ahorro (negrilla fuera del texto original)⁴.

Como expuso el Ministro Ramírez, la Constitución establece tres principios fundamentales que deben ser observados en el desarrollo de la protección ante el riesgo de la vejez a cargo del Sistema General en Pensiones (en adelante SGP)⁵, a saber:

Eficiencia: la necesidad de que se dé una continuidad permanente al servicio. Es decir, que no se interrumpa su prestación.

⁴ Exposición de motivos del Proyecto de Ley "por la cual se crea el Sistema de Ahorro Pensional y se dictan otras disposiciones sobre seguridad social".

⁵ Sentencia C-277 de 2021

Universalidad: que se propenda porque todos los habitantes del país disfruten de dicha seguridad social. Lo anterior, en el entendido de que el objetivo es ampliar la cobertura y no restringirla. De allí que, como servicio, el SSSI tenga por objetivo “garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema”, a través de la afiliación al Sistema de Seguridad Social -SSSI y la garantía de los sistemas de pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios definidos en la ley.

Solidaridad: que el Estado, la familia y la sociedad contribuyan solidariamente en la búsqueda de un cubrimiento universal, no sólo como una ampliación de los beneficiarios del servicio, sino como el entendimiento de que forma parte de los deberes constitucionales de las personas contribuir en esa búsqueda.

En aras de extender la cobertura mediante la modernización y la eliminación de características que fomenten la omisión en la afiliación, la Ley 100 de 1993 introduce, no solo un nuevo régimen pensional sino dos, independientes y excluyentes entre sí, pero que coexisten como un único Sistema General de Pensiones; estos regímenes corresponden al **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA** y al **RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**. A fin de entender la forma en la que los supuestos de omisión en la afiliación son tratados en el SGP, es obligatorio repasar *grosso modo* las características de cada uno, toda vez que en cada régimen encontramos herramientas y obligaciones específicas que inciden en la forma de abordar las distintas hipótesis de omisión.

1.7.2. Régimen de prima media con prestación definida

Conocido también como RPM, está definido por el Artículo 31 de la Ley 100 de 1993, que lo cataloga como “aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”. En este sentido, el RPM se encuentra regido por las disposiciones contenidas en el Título II de dicha Ley. Este régimen pensional presenta tres características principales:

1. Es un régimen solidario de prestación definida, es decir, la pensión que se recibe se calcula como una suma fija vitalicia.
2. Los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.
3. El Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados.

Ahora bien, pasando a la reglamentación de la pensión de vejez dentro del RPM, para la causación del derecho pensional se necesita la concurrencia de dos requisitos: edad mínima del afiliado y semanas cotizadas⁶.

Una vez el afiliado reúne estos dos requisitos causa el derecho pensional y puede radicar la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de vejez ante el IS.S. o como lo conocemos hoy en día, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES. En este régimen existe una única modalidad de pensión de vejez, denominada renta vitalicia, en la cual el pensionado recibe una suma fija mensual de dinero desde el momento en que se pensiona hasta el momento de su muerte. El monto que recibirá mensualmente el pensionado será un porcentaje del promedio de los IBC reportados durante su vida laboral (Ingreso Base de Liquidación – IBL), dicho porcentaje o tasa de reemplazo, se obtiene mediante una fórmula aritmética contemplada en el Artículo 34 expuesta a continuación:

$$r = 65.50 - 0.50 (s)$$

Figura 1: fórmula de la tasa de reemplazo (elaboración propia)

⁶ **ARTICULO 33.** – Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre; 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

Donde r corresponde a la tasa de reemplazo y s el IBL dividido por el valor del salario mínimo legal mensual vigente del año en que se reconocerá la pensión.

Por ejemplo, un trabajador cuyo promedio de salarios reportados durante su vida laboral (IBL) es de cinco millones de pesos (\$5.000.000) y se le reconoce el derecho a la pensión de vejez en 2019, tendrá un valor de mesada pensional así:

$$\begin{aligned} r &= 65.50 - 0.50 \left(\frac{\$5\,000\,000}{\$828\,000} \right) \\ r &= 65.50 - 0.50 \left[6.038 \right] \\ r &= 62.48\% \end{aligned}$$

Figura 2: ejemplo aplicación de la fórmula para obtener la tasa de reemplazo (elaboración propia)

Al valor del IBL \$5.000.000 le aplicamos la tasa de reemplazo (62.48%) para obtener un valor de \$ 3.124.055 para la mesada del trabajador en cuestión. **Esta fórmula le permite a todo tipo de operadores jurídicos calcular el valor de una pensión de vejez, requiriendo para ello únicamente una historial laboral actualizada.**

Adicionalmente, el Régimen de Prima Media introduce distintos mecanismos que permiten su armonización con regímenes anteriores, además de garantizarle al trabajador el reconocimiento de expectativas legítimas. Para lograr este cometido, el RPM contempla la posibilidad de adquirir el derecho pensional con los requisitos de edad mínima y tiempo cotizado del Decreto 758 de 1990 a través de un régimen de transición:

ARTÍCULO 36. – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de **las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.** Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El régimen de transición es exclusivo del RPM, por lo tanto, no será aplicable para los afiliados que, en virtud del principio de movilidad y libre escogencia, voluntariamente se acojan al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

1.7.3. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

Por su parte, el RAIS está contemplado a partir del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el cual lo concibe como el “conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”. En este régimen, a diferencia del RPM, los aportes del cotizante van a un fondo individual que es únicamente suyo, separándose del concepto del fondo común que se tiene en el régimen de prima media. Bajo el Sistema General de Pensiones, el ordenamiento jurídico establece la obligación para las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) de informar a los afiliados acerca de las opciones disponibles que les permitan maximizar el retorno posible al final del período de acumulación de aportes, teniendo en cuenta su edad y perfil de riesgo. A esta obligación se le conoce como **deber de información o del buen consejo**; jurisprudencialmente, la Sala Laboral de la Alta Corporación la ha entendido como:

(...) desde el comienzo mismo del funcionamiento del Sistema General de Pensiones, **las Administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes**, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CP, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto⁷ (negrilla fuera del texto original).

Normativamente, esta obligación quedó consignada en el Decreto 663 de 1993, también conocido como “Estatuto Orgánico Financiero”:

ARTÍCULO 97. – INFORMACIÓN

- 1. Información a los usuarios.** Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

El fin último del **deber de información** es, no solo que el afiliado tome decisiones informadas, sino que también conozca los aspectos técnicos inherentes a los regímenes y en el caso especial del **RAIS**, conozca las particularidades del derecho pensional que está construyendo, toda vez que este régimen a diferencia del RPM ofrece un abanico entero de modalidades pensionales.

⁷ Sentencia SL1688-2019

En cuanto a requisitos para causar la pensión de vejez, en el RAIS, los afiliados pueden pensionarse en el momento que quieran, siempre y cuando cumplan con el único requisito que establece la Ley 100 de 1993 en su artículo 64: que el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permita pensionarse con una mesada de, al menos, el 110% del valor del salario mínimo mensual vigente al momento de pensionarse.

A diferencia el Régimen de Prima Media, **la fórmula para calcular si el capital acumulado es suficiente para sufragar una pensión, no se encuentra en la Ley 100**; toda vez que el Decreto 832 de 1996, por medio del cual “se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993”, delegó esta función al Ministerio de Hacienda:

ARTÍCULO 9. - Para efectos del presente decreto, **el Ministerio de Hacienda y Crédito Público establecerá mediante Resolución, y previa consulta con la Superintendencia Bancaria, las fórmulas para el cálculo del saldo de una cuenta individual suficiente para cubrir vitaliciamente una pensión mínima**, consultando los precios de las pólizas de Renta Vitalicia vigentes en el mercado, el cual se denominará Saldo de Pensión Mínima. Igualmente establecerá las fórmulas para la proyección de saldos de que trata el inciso 3° y, en general, los demás cálculos indispensables para la aplicación del presente artículo (negrilla fuera del texto original).

En cumplimiento de lo anterior, mediante Resolución No. 1875 de 1997, el Ministerio de Hacienda y Crédito Pública dicta:

ARTÍCULO 1°. – El Saldo de Pensión Mínima de que trata el artículo 9° del decreto 832 de 1996, en adelante abreviado SPM, se calculará de acuerdo con las fórmulas que aparecen más adelante:

(...)

$$SPM = 1,05 SM \left[\left((12f_{12} + 2f_2)a + 6 + 5A \right) (1 + K^*) U^n + C \right]$$

Figura 3: fórmula para calcular una pensión mínima en el RAIS (artículo 1° Resolución No. 1875 de 1997)

A diferencia del cálculo empleado en el Régimen de Prima Media, **ningún operador jurídico tiene la formación necesaria para aplicar satisfactoriamente las fórmulas desarrolladas por el Ministerio de Hacienda y/o Superintendencia Financiera para el cálculo del valor de la pensión en el RAIS.** Es gravísimo que aspectos vitales para el derecho pensional de los afiliados, tales como el monto de la prestación, remitan a normas concebidas por entidades ajenas al Sistema Integral de Seguridad Social; esta situación imposibilita una interpretación sistemática de las normas relativas a la protección de contingencias.

Finalmente, en caso de que el afiliado haya cumplido 57 años si es mujer o 62 si es hombre y no haya alcanzado a generar una pensión mínima (con valor de, al menos, un salario mínimo mensual vigente), el Gobierno Nacional completará el valor faltante para que el afiliado pueda pensionarse, siempre y cuando haya cotizado un mínimo de 1.150 semanas.

El legislador contempló distintos instrumentos que permiten integrar el tiempo servido durante los regímenes anteriores para el reconocimiento y pago de las prestaciones contempladas en el Sistema General de Pensiones:

ARTÍCULO 13, LITERAL F. – Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, **se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley**, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, **o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio** (negrilla fuera del texto original);

Así mismo, en el artículo 36 que introduce el régimen de transición contemplado para el Régimen de Prima Media con Prestación definida, establece:

ARTÍCULO 36, PARAGRAFO. – Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º.) del presente artículo **se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley**, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o **el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio** (negrilla fuera del texto original).

El régimen de transición es uno de los instrumentos que contempló el legislador para garantizarles a los trabajadores el reconocimiento de expectativas legítimas construidas bajo regímenes pensionales distintos. La Ley 100 entendió que, para garantizar la universalidad de la Seguridad Social, debía retornar a la acepción de que es el trabajo humano y no la cotización, el núcleo de la protección frente al riesgo de la vejez.

1.7.4. El cálculo actuarial y los bonos pensionales

La forma en la que se tienen en cuenta las semanas laboradas y no cotizadas es a través de las instituciones del cálculo actuarial y los bonos pensionales. Según el Ministerio de Hacienda, los bonos pensionales son “títulos de deuda pública que constituyen recursos destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones”⁸ y pueden ser emitidos por la Nación, entidades del sector público y empresas privadas que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones. El cálculo actuarial, por otro lado, si bien su definición escapa la esfera del derecho, para efectos de este trabajo y en virtud de lo expuesto por el Decreto 1887 de 1994, proponemos una **definición de cálculo actuarial como el resultado de un proceso matemático que,**

⁸ *ABC de los Bonos Pensionales*

considerando factores como esperanza de vida, tasa de interés, inflación, proyecciones demográficas, entre otros, determina el valor actual de los recursos necesarios para cubrir obligaciones pensionales; al igual que el bono pensional, el valor del cálculo actuarial respalda financieramente el tiempo de servicio laborado para que sea tenido en cuenta por las Administradoras de Fondos de Pensiones.

El cálculo actuarial y los bonos pensionales han sido los mecanismos contemplados por el legislador para tratar de subsanar las hipótesis de omisión en la afiliación que con mayor frecuencia se presentan con ocasión de la transición normativa entre cada uno de los regímenes desde la Ley 06 de 1945 hasta la Ley 100 de 1993. Estos supuestos ya han sido expuestos en el presente ensayo y corresponden a: **tiempo público no cotizado y ausencia del I.S.S. en la región.**

2. SUPUESTOS DE OMISIÓN EN LA AFILIACIÓN

2.1. TIEMPO PÚBLICO NO COTIZADO

Frente al primero de los supuestos, **tiempo público no cotizado**, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema al respecto:

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el párrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues **esta regulación permitió que**

las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado⁹ (negrilla fuera del texto original).

No obstante, si bien no ha sido motivo de discusión la posibilidad de sumar tiempo público cotizado o no cotizado a las semanas requeridas para el reconocimiento y pago de pensión de vejez en el Sistema General de Pensiones; **lo que sí ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Alta Corporación es la retroactividad** de la “habilitación” de estos tiempos:

En este punto, es oportuno señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha adocinado la improcedencia en la sumatoria de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales con tiempos de servicios públicos a efectos de conceder la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, bajo el entendido de que esta normatividad no previó expresamente tal posibilidad, como sí lo hizo unos años atrás la Ley 71 de 1988.

En este sentido, la Sala predicó que la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 solo podía configurarse con el cumplimiento de las edades mínimas allí previstas y un mínimo de 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores a éstas o 1000 semanas en cualquier época, bajo el presupuesto que éstas fueran efectivamente aportadas al ISS y en los términos fijados por sus reglamentos.

Asimismo, la jurisprudencia de la casación del trabajo resaltó que el legislador en el año 1993 dispuso el cómputo de tiempos públicos y privados para el acceso a la pensión de vejez, a través de lo dispuesto en el parágrafo 1.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que éste resultaba aplicable a las pensiones gobernadas en su integridad por esta normativa¹⁰ (negrilla fuera del texto original).

⁹ Sentencia SL1947 de 2020

¹⁰ Sentencia SL1947 de 2020

Y en sentencia SL16104-2014, esta Sala de la Corte sostuvo:

El párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es del siguiente tenor:

‘Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio’.

Aún cuando por hallarse ubicado en la norma legal que establece el régimen de transición pensional, podría pensarse en principio que el citado párrafo alude a las pensiones que surjan de la aplicación de ese régimen, para la Corte es claro que ese entendimiento no se corresponde con el genuino sentido de la norma, porque en realidad hace referencia a “la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo” y esa pensión no es otra que la consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que exige al afiliado como requisitos para acceder a tal prestación el cumplimiento de 55 años de edad, si es mujer o 60 si es hombre y haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

Este criterio ha sido reiterado en sentencias SL9088-2015, SL8439-2016, SL5514-2018 y, recientemente, en las providencias SL2415-2019 y SL507-2020.

2.1.1. Problema jurídico

El problema jurídico que la Corte estudia en las sentencias expuestas se puede reducir en su forma más elemental a: **¿contempla la norma la posibilidad de sumar tiempo público para el reconocimiento y pago de pensiones de vejez regidas por el Acuerdo 049 de 1990 contemplado en el régimen de transición introducido por la Ley 100 de 1993?**

2.1.2. Precedente

Como fue expuesto previamente, **el Alto Tribunal Colegiado tradicionalmente ha sostenido que la norma no contempla dicha posibilidad.** Para ello, ha razonado del siguiente modo: **i)** Afirma que bajo el Acuerdo 049 de 1990, la sumatoria de tiempo público para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez es improcedente; **ii)** Argumenta que la Ley 100 sí contempló dicha posibilidad, **pero únicamente para aquellos derechos pensionales que se consolidaron con posterioridad a la entrada en vigencia de Sistema General de Pensiones el 01 de abril de 1994;** **iii)** Expone que aunque podría suponerse que la inclusión por parte del legislador de la posibilidad de sumar tiempo de servicio público en el parágrafo del artículo que reconoce el régimen de transición implica que dicha posibilidad es predicable a los derechos pensionales regidos por el Acuerdo 049, tal suposición no concuerda con el propósito de la norma, y; **iv)** Concluye que el parágrafo hace referencia a la pensión de vejez del inciso primero del artículo 33 y no a la pensión de la que trata el régimen de transición.

El origen del precedente data del año 2004, cuando mediante fallo del 04 de noviembre de 2004 y radicado 23611, la Sala Laboral adoctrinó:

El citado inciso 1º comienza señalando que la “edad para acceder a la pensión de vejez continuará”, con lo cual no cabe duda que se refiere en concreto a la pensión de vejez en los términos en que quedó concebida por la Ley 100 de 1993, pues para las pensiones del régimen de transición, la edad para acceder a la pensión correspondiente será la del régimen anterior al cual se encontrara afiliado el beneficiario de la transición. Por tal razón, en el inciso en comento se precisó que la edad para acceder a la prestación continuaría siendo la misma que la establecida en el régimen anterior, porque a partir del 2014 se incrementaría en 2 años, según la redacción del original artículo 36.

Así las cosas, **lo que señala el parágrafo en comento, viene a ser una reiteración de lo que con antelación se establece en el parágrafo 1º del artículo 33,** que

dispuso que para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere tal artículo se tendría en cuenta el número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados o como trabajadores al servicio de empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y el número de semanas cotizadas a cajas provisionales del sector privado

(...)

Para la Corte, el entendimiento sugerido por el recurrente, que dice apoyar en los principios que orientan la seguridad social en Colombia, resulta contraria al texto explícito del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y supondría una excepción no contemplada en esa disposición, que fraccionaría la aplicación, en materia de semanas de cotización, del régimen anterior al cual se hallaba afiliado al beneficiario, pues supondría que para efectos de establecer el número de semanas cotizadas se aplicaría dicho régimen, pero para contabilizarlas se tomaría en cuenta lo establecido por la señalada ley 100, lo cual no resulta congruente (negrilla fuera del texto original).

A pesar de que el Sistema General de Pensiones, desde su aparición en 1994, **pretendía superar las deficiencias y desatinos de los regímenes anteriores y, que en desarrollo de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad contempló mecanismos idóneos** como el cálculo actuarial y los bonos pensionales que permiten garantizar la cobertura de las contingencias que afectan la calidad de vida de los trabajadores sin resquebrajar la estabilidad financiera del sistema, la desprotección de los empleados que sirvieron a entidades públicas bajo el régimen del Acuerdo 049 no cesaría sino hasta el año 2020, cuando la Sala Laboral finalmente decide estudiar nuevamente el supuesto.

2.1.3. Criterio actual – la sentencia SL1947 del 2020

Mediante sentencia **SL1947 del 2020**, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Laboral y de la Seguridad Social decide sobre el recurso interpuesto por el demandante contra la sentencia

proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal de Superior de Medellín en el proceso que el accionante promovió en contra del I.S.S. hoy Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES. El recurrente pretendía, con el proceso ordinario de doble instancia: **i)** Que se DECLARE que es beneficiario del régimen de transición; **ii)** Que se DECLARE que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez contemplada por el Decreto 758 de 1990; **iii)** Que se CONDENE a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de dicha pensión, en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y al pago del retroactivo pensional con intereses; **iv)** Indexación de las sumas objeto de condena, y; **v)** Costas y agencias en derecho.

Para sustentar sus pretensiones, afirmó: **i)** Haber nacido el 02 de noviembre de 1946, por lo que para la entrada en vigor de la Ley 100 contaba con más de 40 años; **ii)** Prestó servicios a empleadores del sector privado con cotizaciones al ISS entre el 18 de octubre de 1985 y el 7 de enero de 1988, laboró en el Departamento de Antioquia del 20 de enero de 1988 al 4 de diciembre de 2005, apostando al ISS únicamente desde el 2 de enero de 1997. Sufragando un total de 983 semanas, de las cuales solo 526 fueron cotizadas; **iii)** Elevó solicitud de reconocimiento y pago de pensión de vejez a la entidad de seguridad social el 30 de julio de 2009, la cual fue negada mediante resolución del 14 de enero invocando la imposibilidad de sumar tiempo de servicio público y tiempo cotizado al I.S.S. para el reconocimiento de la prestación. **La entidad se opuso a la totalidad de las pretensiones** insistiendo en que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003 es la única disposición que permite acumular los tiempos públicos y privados aportados o no a un ente de previsión social, y que dicha disposición no es aplicable al caso concreto.

En primera instancia, la Juez Quince Laboral del Circuito de Medellín absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y concedió el grado jurisdiccional de consulta. En segunda instancia, el *Ad quem* no discutió los elementos fácticos del proceso, fijo el problema jurídico a resolver en “**determinar si en este caso era aplicable el artículo 12**

del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual año o, en su defecto, la Ley 71 de 1988"; invocó la sentencia SL42191-2012 para explicar que el Acuerdo 049 de 1990 se basaba exclusivamente en semanas cotizadas y no permitía acumular tiempos sin aportes. Además, destacó que, según los términos del régimen de transición, la aplicación de la norma anterior debe llevarse a cabo de acuerdo con la disposición que la contempla, antes de la creación del sistema de pensiones, de lo contrario, se otorgaría un trato "más privilegiado" a los beneficiarios del régimen de transición en comparación con aquellos que se pensionaron durante la vigencia de dicho acuerdo, toda vez que a los primeros no se les exigiría cumplir con semanas efectivamente cotizadas. Finalmente, en grado jurisdiccional de consulta CONFIRMÓ la decisión del *A quo*.

Con el recurso extraordinario de casación, se pretendió que la Corte casara totalmente la sentencia del *Ad quem* para que en sede de instancia revoque el fallo del *A quo* y acceda a las pretensiones de la demanda. El recurrente formula un único cargo por la vía directa, **acusando al Tribunal de haber interpretado erróneamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993**.

En la parte motiva de la sentencia de casación, la Sala Laboral cita el precedente de la Corte desarrollado para este supuesto, el cual no es otro que la imposibilidad de sumar tiempo público para el reconocimiento y pago de las pensiones regidas por el Acuerdo 049 de 1990 y que el remedio contemplado por la Ley 100 de 1993 en el parágrafo de su artículo 36, no es aplicable al régimen de transición. No obstante, la Sala expone que, ante un nuevo estudio del supuesto, **modificará el precedente jurisprudencial**. Afirma, en síntesis, que para modificar el criterio jurisprudencial razonó del siguiente modo: **i)** Reitera que la Ley 100 tuvo como finalidad esencial **proteger las expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse y, por lo tanto, contempla un régimen de transición; **ii)** Afirma que en virtud de las condiciones de transición, se garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior en los términos indicados por el legislador; **iii)** Establece que en virtud del artículo 36 de la Ley 100, únicamente

los aspectos de edad, tiempo y monto contemplados por el Decreto 758 de 1990 serían aplicados ultraactivamente, toda vez que el resto de condiciones para la pensión son regidas por las disposiciones del nuevo régimen; **iv)** Considera que las disposiciones para el computo de semanas del régimen anterior no se aplican ultraactivamente, y; **v)** Concluye que la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos.

Para mayor claridad, el precedente actual de la Sala Laboral de la Corte Suprema desde el año 2020 frente a la posibilidad de sumar tiempo público quedó consignado en los siguientes términos:

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, **las pensiones del régimen de transición** previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 **no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley,** que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación (negrilla fuera del texto original).

Es necesario destacar que, la Corte incluyó, en los argumentos esbozados para justificar este cambio en el precedente, instrumentos internacionales ratificados por Colombia para la protección, no solo del trabajador, sino de los Derechos Humanos en sentido amplio:

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a **la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948**, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens*.

Con esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia reivindica el valor del trabajo humano como base de la protección ante las contingencias que afectan la calidad de vida no solo del trabajador, sino de su familia también. Es necesario recordar que, esta acepción no fue introducida por la Ley 100 de 1993, ni por la Constitución Política de 1991 y mucho menos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el primer estatuto orgánico del trabajo (Ley 06 de 1945), el legislador lo había concebido como tal. Con la promulgación de esta sentencia **queda subsanado el supuesto de omisión en la afiliación por tiempo público no cotizado**, aunque es una victoria para los derechos pensionales de los colombianos, lo cierto del caso es que esta solución tardó 3 décadas en concederse. Lo que esto demuestra, además de la debilidad institucional histórica de las entidades de seguridad social, es la ausencia de competencias en la formación de los operadores jurídicos para dirimir las tecnicidades inherentes al Sistema de Seguridad Social Integral.

2.2. AUSENCIA DEL I.S.S. EN LA REGIÓN

Corresponde centrar el análisis en el segundo de los supuestos de omisión en la afiliación indicados al inicio de este acápite, **la ausencia del I.S.S. en la región**. Al respecto, ha entendido la Alta Corporación:

Es oportuno recordar que mediante la Ley 90 de 1946, se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales hoy Colpensiones, y se estableció el seguro social obligatorio. Para ello se implementó un sistema gradual de cobertura según dicho Instituto lo fuera asumiendo,

quedando a cargo de los empleadores el pago de la pensión de jubilación de los trabajadores que no ingresaran en el sistema, así se precisó en los artículos 72 y 76 de la misma ley.

En tal normativa se estipuló el deber de afiliación para las empresas de los trabajadores que «[...] dispusieran en los reglamentos, cumplir con la obligación de cotizar, junto con ellos y con el Estado y para los demás que no ingresaron, continuar cumpliendo con su obligación de reconocimiento directo de la pensión [...]», por lo que la aludida subrogación se daba sólo en el momento en que se hiciera el llamado general e individual de afiliación, y se asumiera por ende la administración de las obligaciones por parte del Instituto de Seguros Sociales¹¹.

Como fue expuesto en el acápite de la **Ley 90 de 1946**, el legislador estableció un sistema de subrogación de riesgos de origen legal que propendía por la implementación gradual y progresiva del Instituto Colombiano de Seguros Sociales para que este eventualmente asumiera la protección de las contingencias que originalmente se concibieron como obligación del empleador mediante la figura de las “prestaciones patronales”. El régimen del Seguro Social reguló una obligación esencial para garantizar que la implementación progresiva del I.C.S.S. no afectara o desconociera las expectativas legítimas de pensión de los trabajadores, que no es otra que el deber de los empleadores de provisionarse de los recursos necesarios para reconocer la pensión de jubilación de sus trabajadores para posteriormente ser entregados al I.C.S.S. en el momento que hiciera el llamado para afiliación en la región¹². Debido a la demora en la

¹¹ Sentencia SL062 de 2021

¹² **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.

ARTÍCULO 76. – 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.

promulgación del reglamento del Instituto y a la dificultad de constituir sedes regionales, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 259 introdujo una disposición similar a la contenida en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, encomendando de manera transitoria el pago la pensión de jubilación en cabeza del empleador¹³.

Ya fue expuesto en este texto que el llamado para la afiliación de trabajadores por parte del I.C.S.S. tardó más de 21 años contados desde su creación en 1946 hasta que se emitió el reglamento general en 1967; como consecuencia, en muchas regiones del país esta subrogación no llegaría incluso para el momento en que entró en vigencia el sistema general de pensiones.

2.2.1. Problema jurídico

El problema jurídico ante la hipótesis de no afiliación por falta de cobertura geográfica del I.S.S. puede plantearse en los siguientes términos: **¿establecieron los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, junto con el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo, la obligación para los empleadores de proveer el capital necesario para financiar los aportes que respaldarían la cobertura de riesgos de invalidez, vejez y muerte, incluso antes de que el Instituto de Seguros Sociales asumiera dicha responsabilidad y comenzara a inscribir a los trabajadores a partir del 1 de enero de 1967, extendiéndose gradualmente a las áreas periféricas del país?**

En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley.

¹³ **ARTÍCULO 259. – REGLA GENERAL.**

1. Los empleadores o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.
2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.

2.2.2. Precedente

El precedente de la Casación del Trabajo al respecto ha sido variado, evolucionando (o desevolucionando) en cada pronunciamiento al respecto. A continuación, se expondrá una breve síntesis de los cambios jurisprudenciales en la doctrina de la Alta Corporación, que previamente fueron identificados y señalados por la sentencia SL2168 de 2021:

- **Mediante providencia SL con radicado 8453 del 18 de abril de 1996:** la Corte determinó que no correspondía a los empleadores la responsabilidad por no afiliar a sus empleados durante el período en el cual el Instituto de Seguros Sociales no había tomado a cargo la cobertura de riesgos de invalidez, vejez y muerte en los municipios donde estos empleados desempeñaban sus labores. Se consideró que la obligación del ISS de cubrir dichos riesgos comenzaba en el instante en que los asumía, es decir, al iniciar la cobertura de estos riesgos en las áreas geográficas específicas del territorio, otorgando una “inmunidad” al empleador de cara a la protección de las contingencias. Quedó sentado el precedente en estos términos:

Ese marco conceptual, histórico y legislativo dentro del cual ha venido operando la asunción de los citados riesgos por parte del Instituto de Seguros Sociales, contiene enunciados generales sucesivos que sirven de pauta para una mejor comprensión de ese mecanismo en cuanto se refiere a los trabajadores dependientes. Por tanto, puede entenderse que la obligación del ISS de pagar los riesgos que cubre -y específicamente para el presente caso los referentes a Invalidez vejez y muerte- empieza en el momento en que los asume, vale decir, cuando dispone ampliar la cobertura de tales riesgos en las zonas geográficas del territorio nacional donde aún no lo ha hecho y en ese mismo momento nace la obligación del empleador de afiliar a su trabajador con la advertencia de que la afiliación debe darse de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos del Instituto. Así mismo en tal oportunidad surge la obligación conjunta de los sujetos del contrato de trabajo de pagar los respectivos aportes o cotizaciones. **En presencia de esos eventos puede decirse, en principio, que el**

empleador queda exonerado del pago de dichas contingencias (negrilla fuera del texto original).

En este pronunciamiento, la Corte desatinadamente omitió referirse a la obligación del empleador de aprovisionarse de recursos para ser entregados al Instituto, si bien la afiliación resulta imposible mientras no hubiera sede del I.S.S. en la región, y a lo imposible no se está obligado, no cabe duda de que el empleador tenía el deber de reconocer los derechos pensionales de sus empleados hasta que fuera efectivamente subrogado por el sistema.

- **A través de la sentencia SL con radicado 32922 del 22 de julio de 2009:** la Alta Corporación revisó el supuesto y concluyó que, en caso de ausencia de cobertura del Sistema General de Pensiones en ciertas áreas, era necesario “habilitar” los períodos laborados y no cotizados, comprendidos como aquellos en los que se prestó el servicio sin realizar contribuciones a una entidad de seguridad social. Para ello, se debía hacer uso del cálculo actuarial o de bonos pensionales a cargo del empleador, con el propósito de que el trabajador pudiera cumplir con la cantidad de cotizaciones requeridas por la ley. Dijo la Corte:

No son admisibles aquellas interpretaciones del texto que distinguiendo lo que el legislador no distingue, conduzcan a dejar por fuera del derecho a habilitar sus tiempos servidos a un empleador, los mismos por los que no se hicieron cotizaciones a los seguros sociales obligatorios; ya porque se crea que basta mirar el día anterior a la vigencia de la ley, y hacer caso de la circunstancia principal que con anterioridad el empleador si había tenido a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones; tampoco, si se hacen diferencias a partir de la causa por la que no se hicieron cotizaciones, dejando por fuera a los trabajadores de los empleadores según este haya debido o no hacer cotizaciones; ciertamente, es razón válida para que no opere la subrogación pensional a cargo del ISS, y el empleador tenga a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, es que el empleador no haya afiliado a su trabajador, ya por que no hubo el llamado a la afiliación, o porque hecha la convocatoria no

se cumplió con el deber de afiliar, o porque era una empresa de un sector en el que seguros obligatorios no tenían cobertura pensional (negrilla fuera del texto original).

La Sala en esta oportunidad resalta la vocación de protección universal e integral como eje articulador de la Ley 100 de 1993. El legislador concibió al Sistema General de Pensiones para que asumiera la protección de las contingencias, no solo de los trabajadores que causaran los derechos pensionales durante su vigencia, sino también de todos aquellos que venían construyendo sus derechos bajo las prerrogativas de otros regímenes. Por lo tanto, la intelección de las disposiciones normativas de la Ley 100, debe hacerse propendiendo por darles el sentido que mejor se ajuste a la vocación de protección universal e integral característico del sistema.

- **La sentencia SL con radicado 39914 del 10 de julio de 2012:** la Sala Laboral de la Alta Corporación reexaminó esta hipótesis, reevaluó la tesis previa y sostuvo que no se podía responsabilizar al empleador por el pago de las cotizaciones al I.S.S. durante un período en el que no había cobertura por la entidad en la región. Toda vez que el empleador no estaba obligado a afiliar al trabajador para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lo cual se traducía en un hecho no atribuible a aquél. Consideró la Corte:

Si no había obligación del demandado de afiliar a su trabajador y, por ende, de efectuar las cotizaciones correspondientes para el riesgo de vejez, **no puede hablarse de incumplimiento imputable al deudor, elemento necesario para que surja la obligación de indemnizar, al tenor del artículo 1613 del C. C.**, por lo que se cae por su base la decisión recurrida. Por ende, se equivocó el Tribunal al atribuirle al demandado una responsabilidad no prevista en la ley, por un hecho no imputable a aquél, como es la falta de afiliación de trabajadores al Instituto de Seguros Sociales de pago de cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, durante un lapso en el que no existió cobertura legal en el municipio

de Mariquita, donde prestó sus servicios la demandante, por lo cual los cargos prosperan (negrilla fuera del texto original).

La Alta Corporación yerra en esta ocasión al darle el tratamiento de un incumplimiento contractual a un supuesto de no afiliación. Si bien en el pasado, el ordenamiento jurídico contempló la indemnización de perjuicios como una sanción para empleadores que evadieran la obligación de afiliar a sus trabajadores¹⁴, dicha prerrogativa de ninguna forma fue concebida para habilitar tiempos no cotizados o como alternativa para la afiliación. Además, como se mencionó anteriormente en el acápite de tiempo público no cotizado, desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, únicamente las disposiciones expresamente indicadas por el legislador podrían ser aplicadas ultraactivamente, para todo lo demás, rigen exclusivamente las disposiciones del Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, la tesis de la Sala Laboral de la Alta Corporación ha oscilado entre dos posturas: una que sostiene que el empleador no tiene responsabilidad alguna en relación con el impago de las contribuciones para pensiones antes de que la cobertura gradual del I.S.S. llegara a una zona específica del territorio nacional, y otra tesis posterior, que afirma que, incluso si no se presenta el escenario mencionado, el empleador debe participar en el financiamiento de la pensión del trabajador que le prestó servicios, abonando el monto actualizado de las cotizaciones no pagadas.

2.2.3. Criterio actual – la Sentencia SL9856 de 2014

Mediante providencia **SL9856 de 2014**, la Casación del Trabajo resuelve el interpuesto por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, contra la sentencia proferida

¹⁴ **DECRETO 2665 DE 1988; ARTÍCULO 19. - LA NO AFILIACION.** Los empleadores que no inscriban a sus trabajadores o pensionados en el término establecido en el Reglamento de Registro, Inscripción, Afiliación y Adscripción, serán sancionados por el Instituto, con una multa equivalente a dos (2) veces el valor de los aportes que se hubieren causado en caso de afiliación. Las prestaciones causadas con anterioridad a la afiliación serán de cargo del patrono en los mismos términos en que el ISS las hubiere otorgado.

por la Sala Laboral del Tribunal de Superior de Antioquia el 27 de abril de 2009 en el proceso promovido en su contra. El demandante pretendía, con el proceso ordinario de doble instancia:

- i)** Que se DECLARE y CONDENE a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA al reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social que debió realizar por el periodo comprendido desde el 23 de octubre de 1978 al 30 de junio de 1985;
- ii)** Que se CONDENE a la demandada a cancelar el cálculo actuarial por dicho tiempo para que posteriormente se traslade al I.S.S. el valor del cálculo para que se incluya ese período de cotización al momento de reconocer y liquidar la pensión de vejez, y;
- iii)** Costas y agencias en derecho.

Para sustentar sus pretensiones, afirmó, en síntesis: **i)** Suscribió con la demandada un contrato de trabajo a término indefinido; **ii)** Prestó sus servicios entre el 23 de octubre de 1978 y el 30 de abril de 2001, en los municipios de Támesis, Salgar y Bolívar, en el Departamento de Antioquia; **iii)** Debido a la intención de la federación de ponerle fin al contrato, el 20 de abril de 2001 acudieron al Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín para suscribir un acta conciliación; **iv)** Afirmó que en dicho documento se consignó que “la Federación Nacional de Cafeteros no tiene a su cargo las obligaciones pensionales, legales como mesadas, bonos pensionales o indemnizaciones por aportes no realizados, por cuanto desde que el Instituto de los Seguros Sociales ofreció cobertura de protección por el riesgo de I.V.M. estuvo afiliado”; **v)** Afirmó que entre el 23 de octubre de 1978 y el 30 de junio de 1985, la Federación no sufragó aportes a seguridad social, razón por la cual le solicitó el pago de las cotizaciones de dicho lapso; **vi)** Su petición fue resulta negativamente por la sociedad, quien arguyó que al momento de iniciarse la relación laboral y hasta el 1º de julio de 1985, el ISS no tenía cobertura en los municipios donde prestó servicios, de suerte que no era posible afiliarlo y, por ende, la entidad no era responsable de las cotizaciones no realizadas. **La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones**, insistió que sólo afilió al trabajador al Instituto de Seguros Sociales a partir

del 1º de julio de 1985, por cuanto antes no se había extendido la cobertura hasta la zona geográfica donde se ejecutaron las labores; además, señaló que, al momento de la afiliación, el actor no contaba 10 años de labores para acceder a una pensión compartida, de suerte que no es responsable de los aportes reclamados.

En primera instancia, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín condenó a la demandada al reconocimiento y pago de un bono pensional correspondiente al periodo comprendido desde el 23 de octubre de 1978 y el 30 de junio de 1985, además, ordenó ponerlo a disposición del fondo escogido por el demandante. En segunda instancia, el *Ad quem* transcribió los artículos 72 y 75 de la Ley 90 de 1946 así como el 259 del CST para explicar que la pensión por vejez estuvo inicialmente a cargo del empleador, pero en la medida en que el Instituto de Seguros Sociales fue extendiendo su cobertura, subrogó al patrono, “previo el pago de las obligaciones patronales representadas en un cálculo actuarial correspondiente al tiempo en que no se hicieron las cotizaciones”. Explicó que, si era intención del empleador la subrogación de sus obligaciones relativas a los riesgos de invalidez, vejez y muerte debió trasladar al I.S.S. el monto del cálculo actuarial correspondiente al periodo que no hizo aportes, pues en esos términos quedo consignado el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, en sede de instancia, CONFIRMA la decisión del *A quo*.

Con el recurso extraordinario de casación, se pretendía que la Sala casara parcialmente la decisión del Tribunal y en sede de instancia revocara lo resuelto por el *Ad quem* respecto a condenas, para que en su lugar dispusiera la absolución total. El recurrente formula dos cargos, por vía directa e indirecta, enrostrándole al Tribunal haber incurrido en el desacierto jurídico de afirmar que la subrogación pensional está supeditada al pago del cálculo actuarial, toda vez que, según el recurrente, el traslado del riesgo se produjo con el llamado a inscripción.

En la parte motiva de la providencia, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Laboral y de la Seguridad Social fija como problema jurídico:

Definir si le asiste razón al Tribunal al imponer a la demandada la obligación de trasladar al Instituto de Seguros Sociales el cálculo actuarial por el período comprendido entre el 23 de octubre de 1978 y el 30 de junio de 1985 **o si, por el contrario, la razón está de parte de la recurrente** cuando arguye que existió una conciliación en la que se acordó compensar a través del pago de una suma dineraria, cualquier detrimento en la situación pensional del demandante, y en que además, como el trabajador cuando fue afiliado tenía menos de 10 años de servicio, la subrogación del riesgo de vejez por parte del ISS operó en forma plena y total, sin que exista ninguna obligación pensional a cargo del empleador (negrilla fuera del texto original).

Posteriormente, la Sala cita el precedente de la Corte desarrollado para este supuesto, reconociendo que la postura de la Corte ha fluctuado, básicamente, si reconoce la inmunidad total del empleador por la ausencia del I.S.S. en la región, o si, por el contrario, independientemente de que hubiera I.S.S. o no, el empleador debe contribuir a la financiación del derecho pensional pagando el valor de un cálculo actuarial. La Alta Corporación expone que, en esta oportunidad considera necesario fijar un nuevo criterio, y para ello, razonó de este modo:

- i)** Reconoce que la imposibilidad logística y financiera que comportaba la implementación del Sistema General en Pensiones supuso que se hiciera de forma gradual, toda vez que la asunción de los riesgos no se ejecutaría paralelamente en todas las regiones del país;
- ii)** Expone que si bien el régimen de prestaciones patronales tuvo una naturaleza transitoria, no significa que el empleador no tuviera obligación respecto del tiempo efectivamente laborado por sus empleados, toda vez que la norma no lo contempló de esa forma;
- iii)** Argumenta que interpretar restrictivamente las previsiones dispuestas para la subrogación o bajo la lectura del Código Civil supone desconocer la protección integral que se le debe al trabajador;
- iv)** Señala que el argumento de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones a cargo del empleador durante el periodo que el I.S.S. no ofrecía cobertura geográfica, desconoce que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho pensional al no tenerle en cuenta periodos

en los que efectivamente prestó el servicio, y; **v)** Concluye que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, lo que se traduce en una serie de obligaciones orientadas a que el trabajador no vea afectada la conformación de su derecho pensional.

El criterio actual de la Sala Laboral frente a este supuesto de omisión quedó consignado en los siguientes términos:

En tal sentido, en criterio de esta Corte, **el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía**, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes (negrilla fuera del texto original).

Y se ha complementado mediante sentencias tales como la SL2168 de 2021:

El citado criterio de la Corte se ha extendido hasta tal punto que **se le ha reconocido al trabajador el derecho de recuperar esos tiempos no cotizados, sin importar la razón que tuvo el empleador para dejarlo de afiliar. Así, dicha solución se emplea en los eventos en que la ausencia de afiliación se hubiera dado por falta de cobertura del sistema de seguridad social, por omisión pura y simple del empleador, por la creencia del empleador de no encontrarse regido por una relación laboral, e independientemente de si el contrato de trabajo se encontraba vigente o no cuando entró a regir la Ley 100 de 1993.**

Todo ello, en apoyo de la evolución de la normatividad reflejada en disposiciones como el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 (CSJ SL939-2019), los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y, así mismo, con base en los principios de la seguridad social, tales como la universalidad, unidad e integralidad “que velan por la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores [...] a través de un sistema único, articulado y coherente, que

propende por eliminar la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad” (negrilla fuera del texto).

Este criterio de la Corte comporta la solución no solo para los supuestos de omisión en la afiliación por ausencia del I.S.S. en la región, sino para todos los supuestos de omisión en la afiliación. El Sistema Integral de Seguridad Social propende por integrar y solucionar las distintas hipótesis de omisión en la afiliación del pasado, abordando la dimensión sustancial y la dimensión financiera; lo anterior implica reconocer que los derechos pensionales de los trabajadores no se conceden en detrimento financiero del sistema sino todo lo contrario, mediante mecanismos como el cálculo actuarial y el bono pensional, se da una especie de “ficción jurídica” en el que el sistema recobra aquellos recursos que desde un principio estuvo llamado a recibir.

Es importante reconocer que la jurisprudencia de la Sala ha experimentado una evolución, en consonancia y concordancia con el espíritu de las disposiciones previstas por el legislador para abordar estos casos de falta de afiliación, que afectan la consolidación del derecho pensional de los afiliados, conforme a los **principios de universalidad, unidad, integralidad y eficiencia de la seguridad social**. En esencia, esta evolución jurisprudencial se ha enfocado en alcanzar la financiación completa de las prestaciones, así como la unificación en su reconocimiento, a través de las entidades de seguridad social¹⁵.

Pareciera que, con las soluciones dadas por la Sala Laboral, queda evacuado en su totalidad el tema a tratar de este ensayo: se explicó la evolución normativa referente a la protección de la contingencia de vejez; se señalaron los desatinos en la ejecución de dicha evolución y cómo dieron origen a escenarios en los que los derechos pensionales de los trabajadores se vieron afectados; se estableció el problema jurídico discutido en cada supuesto para posteriormente estudiar el precedente de la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte

¹⁵ Sentencia SL14388 de 2015

Suprema y finalmente, se presentaron las soluciones adoptadas por la Corte y el razonamiento efectuado para su implementación. No obstante, los derechos pensionales de los colombianos aún se ven afectados por un supuesto de omisión en la afiliación que no solo revive los supuestos “superados” sino que añade toda una nueva dimensión que no fue contemplada ni por el legislador ni por la jurisprudencia de la Alta Corporación. Este supuesto corresponde a:

3. PRETENSIÓN DE RECONOCIMIENTO DE TIEMPO NO COTIZADO POR OMISIÓN EN LA AFILIACIÓN CON PENSIÓN DE VEJEZ EN LA JURISDICCIÓN LABORAL CONTEMPORÁNEA

Es doctrina pacíficamente aceptada que hoy en día, el Sistema General de Pensiones permite tener en cuenta tiempo no cotizado por cualquiera de las distintas hipótesis anteriormente descritas a través del pago de un título pensional (entendido como cálculo actuarial o bono pensional) que soporte dicho tiempo; sin embargo, la aplicación de esta solución obliga el planteamiento de, por lo menos, los siguientes interrogantes: **i) En supuestos en los que un trabajador somete a consideración de la jurisdicción laboral una demanda en la que pretende el reconocimiento de períodos no cotizados necesarios para cumplir con los requisitos de acceso a una prestación y, en función de dicho reconocimiento, solicita el reconocimiento y pago de dicha prestación, ¿cómo debe fallar el juez laboral?, y; ii) Teniendo en cuenta el supuesto anterior, ¿qué ocurre con las prestaciones que no contemplan requisito de tiempo cotizado, tales como las ofrecidas por el RAIS?**

3.1. Reconocimiento de prestaciones con recobro de recursos por medio de títulos pensionales

El primer supuesto mencionado plantea la cuestión de si un juez laboral tiene la facultad de ordenar el reconocimiento y pago de una prestación económica sin que previamente se haya consignado el valor del título pensional correspondiente a la entidad de seguridad social encargada de conceder dicha prestación.

Para entender las implicaciones de esta información, es obligatorio hacer un breve repaso por el **Decreto 1887 de 1994** y el **Decreto 3798 de 2003**. Disposiciones que, compaginadas con la Ley 100 de 1993, regulan lo relativo a la constitución y pago de títulos pensionales. El primero de estos instrumentos establece:

ARTÍCULO 1º. - CAMPO DE APLICACIÓN. El presente Decreto establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

ARTÍCULO 2º. – VALOR DE LA RESERVA ACTUARIAL. El valor correspondiente a la reserva actuarial que de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior debe trasladarse al Instituto de Seguros Sociales, será equivalente al valor que se hubiere debido acumular durante el período que el trabajador estuvo prestando servicios al empleador hasta el 31 de marzo de 1994, para que a éste ritmo hubiera completado a los 62 años de edad si es hombre o 57 años si es mujer, el capital necesario para financiar una pensión de vejez y de sobrevivientes por un monto igual a la pensión de vejez de referencia del trabajador de que trata el artículo siguiente.

En todo caso el traslado del valor de la reserva actuarial se entenderá sin perjuicio de las reservas que el empleador deberá mantener para el pago de las obligaciones pensionales a su cargo en relación con los trabajadores que se encuentren en el régimen de transición y frente a aquellas obligaciones pensionales derivadas de pacto o convención colectiva de trabajo.

De lo anterior se concluye que el cálculo actuarial no fue concebido como el valor de las cotizaciones no pagadas e indexadas, sino que comporta un cálculo del capital que debió

acumular un afiliado para que a ese ritmo pudiera financiar una pensión de vejez y sobrevivientes al momento de alcanzar las edades mínimas.

Para obtener el valor de un cálculo actuarial, en virtud del artículo 3° del citado Decreto, debe llevarse a cabo el siguiente procedimiento:

Valor de la Reserva Actuarial = (Pensión de referencia x F1 + AF x F2) x F3

Donde:

1. Pensión de referencia (PR) = Pensión a la que tendría derecho el afiliado a la edad de 57 años si es mujer o 62 si es hombre calculada de conformidad con la siguiente fórmula. Ese valor se expresará en pesos sin decimales.

a) Si $(n + t) \times 52 > 1.000$ y $(n + t) \times 52 < 1.200$

$$PR = SR \times \{0.65 + 0.02 \times [(n + t) \times 52 - 1.000] / 50\}$$

b) Si $(n + t) \times 52 > 1.200$

$$PR = SR \times \{0.73 + 0.03 \times [(n + t) \times 52 - 1.200] / 50\}$$

Donde:

SR = Salario de referencia calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° del presente Decreto. Este valor se expresará en pesos sin decimales.

t = Número de años y fracciones de año de cotización o de servicios al 31 de marzo de 1994. Este resultado se expresará con cuatro decimales.

n = Diferencia entre la edad en años completos utilizada para determinar el salario de referencia de la reserva actuarial y la edad en años cumplidos al 31 de marzo de 1994.

La pensión de referencia no podrá ser superior al 85% del salario de referencia, ni de quince veces el salario mínimo legal mensual vigente al 31 de marzo de 1994. En ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente a la misma fecha.

2. F1 = Factor de capital necesario para financiar una pensión unitaria de vejez y de sobrevivientes a la edad utilizada para el cálculo del salario de referencia de la reserva actuarial.

3. AF = Valor del Auxilio Funerario que se determina así:

$$AF = 5 \times SM \text{ si Pensión de Referencia} < 5 \times SM$$

$$AF = \text{Pensión de Referencia si } 5 \times SM < \text{Pensión de Referencia} < 10 \times SM$$

$$AF = 10 \times SM \text{ si Pensión de Referencia} > 10 \times SM$$

SM = Salario mínimo legal mensual vigente al 31 de marzo de 1994.

4.F2 = Factor calculado a la edad utilizada para el cálculo del salario de referencia de la reserva actuarial para garantizar el pago del auxilio funerario.

5.F3= Factor de Capitalización de acuerdo al tiempo cotizado que se determina de conformidad con la siguiente fórmula, este factor se expresará con seis decimales:

$$F3 = [(1.03)^t - 1] / [(1.03)^n - 1]$$

Figura 4: fórmula y procedimiento para hallar el valor de un cálculo actuarial (artículo 2° y ss. el Decreto 1887 de 1994)

Al igual que con la fórmula para calcular el valor de una pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) expuesta en acápites anteriores, pese a la especial relevancia que tiene el cálculo actuarial en la conformación de los derechos pensionales de los afiliados, los operadores jurídicos no cuentan con las competencias necesarias para aplicar estos cálculos. En la práctica, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) aplican estas fórmulas a través de algoritmos o con la asistencia de actuarios; **los despachos judiciales no tienen acceso a dichas herramientas, por lo tanto, de cara a la conformación de los derechos pensionales de los usuarios que acuden a la jurisdicción, existe una confianza ciega en que las fórmulas son aplicadas por las AFP en los términos contemplados por la ley**, toda vez que su controversia es prácticamente imposible.

Obtenido el valor del cálculo actuarial, el inciso 5 del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 prescribe:

ARTÍCULO 17, INCISO QUINTO. – En el caso en que, 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, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, **sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente**, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994 (negrilla fuera del texto original).

En virtud de lo expuesto, las entidades de seguridad social solo pueden proceder al cómputo del tiempo no cotizado una vez sea entregado el valor del cálculo actuarial. Por lo tanto, en principio, un juez laboral no puede ordenar el reconocimiento y pago de una prestación como la pensión de vejez si para la consolidación del derecho pensional está pendiente la consignación

del valor del título pensional. Una interpretación exegética de la norma permite concluir que, en ese sentido, **los derechos pensionales de los trabajadores están supeditados a que el empleador, que originalmente incumplió con su deber de afiliación cualquiera haya sido la razón para ello, cumplidamente consigne a favor de la entidad el valor del título pensional.**

Sin embargo, el precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema se ha decantado por establecer que este entorpecimiento al reconocimiento de los derechos pensionales se revela como un desafío a la intelección de unas normas que se caracterizan por su contenido social, lo cual impone una interpretación acorde a esa naturaleza¹⁶. Por lo tanto, a partir de sentencias tales como SL068 de 2018, SL062 de 2021 y en especial, la sentencia SL14388 de 2015, la Alta Corporación ha prescrito:

Con fundamento en dichas normas y, se repite, en los principios que definen y orientan el sistema integral de seguridad social, la Corte ha precisado su jurisprudencia, para adocinar que las variadas problemáticas generadas a raíz de la falta de afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho, **deben encontrar una solución común, que no es otra que el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, por parte de la entidad de seguridad social respectiva, con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora**¹⁷.

(...)

Ahora bien, aquí y ahora, para la Corte resulta preciso reivindicar la mencionada orientación y evolución en su jurisprudencia, pues el mencionado traslado de responsabilidades entre entidades de la seguridad social – para pago de las pensiones - y empleadores – para pago de cálculos actuariales -, es el que resulta más adecuado a los

¹⁶ Sentencia SL2341 de 2021

¹⁷ Sentencia SL14388 de 2015

intereses de los afiliados y el más acoplado a los objetivos y principios del sistema de seguridad social.

Así lo sostiene la Corte porque, en primer término, la referida doctrina encuentra pleno apoyo en la evolución de la normatividad reflejada en disposiciones como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003. Asimismo, **se acopla perfectamente a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad e integralidad, que velan por la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores, en el sentido amplio del término, a través de un sistema único, articulado y coherente**, que propende por eliminar la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad.

Por otra parte, para la **Corte la solución a situaciones de omisión en la afiliación que se ha venido reseñando resulta eficiente, pues reconoce prioritariamente el trabajo del afiliado, como base de la cotización, a la vez que garantiza el reconocimiento oportuno de las prestaciones, sin resquebrajar la estabilidad financiera del sistema**, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores, con instrumentos como el cálculo actuarial y herramientas de coacción como las que tienen legalmente las entidades de seguridad social.

De igual forma, para la Corte, **esta orientación es la respuesta más adecuada a los intereses de los afiliados, pues se les garantiza el pago de sus prestaciones a través de entidades del sistema de seguridad social, que tienen una mayor solidez financiera, vocación de permanencia y estabilidad, a la vez que una menor volatilidad que la que pueden tener determinadas empresas** (negrilla fuera del texto original).

Y mediante providencia SL3154 de 2021 concluyó:

La Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, **es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo**

servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.
(...)

Necesario colofón de lo considerado, es que el *ad quem* incurrió en los desaciertos jurídicos endilgados por la censura, por cuanto **resulta inadmisibile que hubiese condicionado la preservación del régimen de transición del promotor del litigio y, por contera, el reconocimiento de la pensión de vejez, al pago del título pensional** (negrilla fuera del texto).

Por lo tanto, es de concluir que el precedente actual de la Alta Corporación ordena que el reconocimiento y pago de las prestaciones del Sistema General de Pensiones **no está condicionado** al pago efectivo del cálculo actuarial. Esta conclusión se obtiene a partir de las siguientes premisas extraídas y sintetizadas a partir de los pronunciamientos de la Corte: **i) El pago efectivo no comporta un requisito previo para el reconocimiento de derechos pensionales, toda vez que esta situación generaría una espera indeterminada para los afiliados; ii) Dicha condición no depende de la voluntad del afiliado y, sin embargo, afecta la satisfacción de sus derechos mínimos fundamentales y la realización de expectativas legítimas; iii) La obligación de reconocer la prestación es independiente de la obligación de liquidar y recibir el cálculo actuarial; iv) Las entidades de seguridad social deben propender por el reconocimiento oportuno de prestaciones, sin poner en riesgo la estabilidad financiera del sistema**, finalidad que se garantiza con el recobro a los empleadores a través de instrumentos que le brinda el ordenamiento a dichas entidades como los títulos pensionales o el cobro coactivo, y; **v) Esta solución es la más adecuada a los intereses de los afiliados, pues a diferencia de los empleadores, las entidades de seguridad social tienen una mayor solidez financiera, vocación de permanencia en el tiempo y una menor volatilidad.**

Conviene advertir que, lo expuesto hasta ahora, únicamente es predicable de supuestos que se desarrollen en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, toda vez que, por las

características intrínsecas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el tratamiento es distinto. Veamos:

3.2. Reconocimiento de prestaciones con recobro de recursos por medio de títulos pensionales en el RAIS

En el RPMPD, tal y como se expuso en su respectivo acápite, la modalidad de pensión es solo una y depende principalmente de dos factores: **semanas cotizadas y edad mínima de pensión**, la línea jurisprudencial de la Alta Corporación expuesta anteriormente ordena a los jueces conceder el reconocimiento y pago de la prestación sin que el valor del título pensional que respalda las semanas servidas y no cotizadas haya ingresado a “la bolsa común”; al acceder a dicha pretensión, los jueces están condenando **en abstracto**. Y ello no representa un inconveniente para la administración de justicia toda vez que, al momento de emitir el fallo, el juez ya sabe cuántas semanas tiene el trabajador acumuladas, así como la tasa de reemplazo aplicable, cantidad de semanas, valor del retroactivo pensional y valor de la mesada. Recordemos que la fórmula para ello se encuentra en la propia Ley 100 y no contempla ninguna complejidad aritmética. De otro lado, para el sistema tampoco es inconveniente, bajo el entendido de que la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – liquida el valor del cálculo actuarial con el que “financiará” la prestación que está llamada a reconocer y mediante la orden impuesta por el juez, el empleador deberá consignar dicha suma a la entidad.

Debido a la forma en la que se financian las prestaciones en el RAIS, parece imposible condenar al reconocimiento y pago de la pensión de vejez sin condicionar al pago efectivo del cálculo actuarial. Las modalidades de pensión contempladas para este régimen se encuentran reguladas, en su mayoría, en normas no laborales, como se expone a continuación:

RETIRO PROGRAMADO	Consagrada en el Artículo 81 de la Ley 100 de 1993, esta modalidad de pensión consiste en el pago de una mesada
--------------------------	---

	<p>pensional en cabeza de la AFP a favor del afiliado. El valor de la mesada se calcula cada año con base en la rentabilidad del capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado y en su expectativa de vida. Esta modalidad es revocable, por lo que en cualquier momento el afiliado puede contratar otra modalidad. La AFP se encuentra facultada para, de oficio, contratar una renta vitalicia para asegurar que el afiliado reciba mensualmente, por lo menos, un salario mínimo. Si el afiliado fallece y no existen beneficiarios, el dinero restante pasará a engrosar la masa sucesoral. En esta modalidad los riesgos financieros son asumidos por el asegurado.</p>
<p>RENDA VITALICIA</p>	<p>Consagrada en el Artículo 80 de la Ley 100 de 1993, esta modalidad, a diferencia de la anterior, no se contrata con la AFP, sino con una aseguradora, quien de forma irrevocable se compromete al pago de una pensión. Esta pensión puede ser trasladada a los beneficiarios en caso de fallecimiento del asegurado y se extingue de no haber beneficiarios. El incremento</p>

	<p>anual está definido por el IPC. En esta modalidad los riesgos financieros los asume la aseguradora.</p>
<p>RETIRO PROGRAMADO CON RENTA VITALICIA DIFERIDA</p>	<p>Consagrada en el Artículo 82 de la Ley 100 de 1993, esta modalidad es la combinación de las dos anteriores, en la medida en que el afiliado acuerda con la AFP un retiro programado con una parte de su ahorro y, asimismo, contrata con una aseguradora una renta vitalicia. En esta modalidad, el afiliado disfruta del retiro programado hasta una fecha previamente determinada o, en su defecto, hasta el punto en que el capital ahorrado sea apenas suficiente para garantizar una renta vitalicia de al menos un salario mínimo legal mensual vigente. En caso de que el afiliado fallezca y no tenga beneficiarios de ley, solamente el dinero restante en su retiro programado pasará a la masa sucesoral, pues el capital de la renta vitalicia pasa a la aseguradora.</p>
<p>RETIRO PROGRAMADO SIN NEGOCIACIÓN DEL BONO PENSIONAL A CARGO DE LA AFP</p>	<p>Consagrada en los Artículos 3.4 y siguientes de la Circular 013 de 2012 de la Superintendencia Financiera, esta modalidad pensional consiste en que el</p>

	<p>afiliado se pensiona bajo el retiro programado antes de redimir el bono pensional y puede recibirlo a la fecha de su vencimiento, sin tener que negociarlo anticipadamente por un menor valor. Para acceder a esta modalidad, el capital ahorrado en la cuenta individual debe ser suficiente para cubrir el 130% de las mesadas proyectadas, desde el momento en que se pensiona hasta el momento de redención normal del bono. Una vez redimido, el afiliado elegirá la modalidad definitiva de su pensión.</p>
<p>RENTA TEMPORAL VARIABLE CON RENTA VITALICIA DIFERIDA</p>	<p>Consagrada en los Artículos 3.5 y siguientes de la Circular 013 de 2012 de la Superintendencia Financiera, en esta modalidad el afiliado contrata una renta vitalicia con una aseguradora a ser pagada en una fecha posterior al momento en que se pensiona, reteniendo en su cuenta la suma necesaria para que la AFP le pague una renta temporal hasta la fecha en que la aseguradora asuma el pago de la renta vitalicia. El afiliado puede optar por una mesada pensional más alta durante el</p>

	<p>periodo de una de estas modalidades, dependiendo de sus necesidades.</p>
<p>RENDA TEMPORAL VARIABLE CON RENTA VITALICIA INMEDIATA</p>	<p>El afiliado tiene la opción de contratar una renta vitalicia con los recursos de su cuenta individual y, al mismo tiempo, elegir una renta temporal variable a través de la AFP, lo que resulta en el recibimiento de dos pagos al mismo tiempo. La renta vitalicia es financiada por la aseguradora que el afiliado haya escogido, mientras que la AFP paga la renta temporal y los recursos son deducidos de la cuenta individual del afiliado. En caso de fallecimiento, la renta vitalicia se transfiere a los beneficiarios legales del afiliado o se extingue si no los hay, mientras que la renta temporal forma parte de la masa sucesoral.</p>
<p>RENDA TEMPORAL CIERTA CON RENTA VITALICIA DE DIFERIMIENTO CIERTO A CARGO DE LA ASEGURADORA</p>	<p>El afiliado puede contratar simultáneamente con una aseguradora el pago de dos tipos de renta: una renta temporal cierta y una renta vitalicia de diferimiento cierto. La renta temporal se paga por un período determinado y una vez que expire, comenzará a pagarse la renta vitalicia, que se mantendrá hasta el</p>

	<p>fallecimiento del pensionado o del último beneficiario legal. Esta renta es irrevocable y los riesgos de mercado y de longevidad corren por cuenta de la compañía de seguros, mientras que los valores se ajustan de acuerdo a los parámetros legales. En caso de que el pensionado fallezca durante el período de renta temporal y no tenga beneficiarios legales, el valor restante de la renta temporal y de la renta vitalicia de diferimiento cierto se extingue y pasa a manos de la aseguradora.</p>
--	--

Figura 5: las distintas modalidades de pensión contempladas para el RAIS (elaboración propia)

Cada una de estas modalidades contempla mecanismos propios de financiación, fórmulas y cálculos ajenos a la legislación y jurisdicción laboral. Como se ha expuesto en reiteradas ocasiones, los operadores jurídicos no cuentan con las herramientas ni con la formación para dirimir conflictos relativos a la consolidación de derechos pensionales regidos por estas disposiciones, el juez laboral no puede reconocer, por ejemplo, una pensión sin conocer el monto de la mesada, de hacerlo razonaría en un nivel tan abstracto que pone en riesgo tanto el derecho pensional del afiliado como la estabilidad financiera del sistema. La dificultad planteada no solo se aleja por completo del **derecho sustancial, los derechos mínimos del trabajador y las expectativas legítimas**, sino que también va en contravía y desconoce todos los argumentos esbozados por la Alta Corporación para consolidar la solución común a todos los supuestos de omisión en la afiliación.

Nótese como en las sentencias referenciadas, la Corte no hace distinción alguna entre RPMPD y RAIS, predica para el Sistema General de Pensiones como tal. Y ello es de esta manera porque la propia Ley 100 de 1993 así lo contempla, recordemos que el Literal F) del artículo 13 de la ley invocada¹⁸ prescribe que para el reconocimiento de las prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrán cuenta las semanas cotizadas o el tiempo de servicio prestado con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones. Al respecto, corresponde señalar lo dispuesto por la Sala Laboral¹⁹:

(...) Nada desvirtúa lo dicho, si esta disposición está prevista para el Ahorro Individual con Solidaridad, **dentro de un Sistema, en el que cualquiera que sea el régimen escogido, las reglas y condiciones para contribuir a la financiación de las pensiones, ya por cotización, por títulos pensionales, son iguales y deben tener igual tratamiento**; si los trabajadores tienen libertad para escoger entre uno y otro, carece de sentido pretender que un empleador por no cumplir o no con la exclusividad en el reconocimiento y pago de pensiones quede liberado o no de contribuir según sea el régimen (negrilla fuera del texto original).

Como ya fue expuesto, la discusión no tiene asidero a la luz del derecho sustancial, toda vez que todas las razones esbozadas por la Sala Laboral para ordenar el reconocimiento de prestaciones sin que los recursos provenientes de un título pensional hayan sido consignados a la entidad, aplican para el SGP en su totalidad. Al igual que la administradora del régimen de prima media, las siguientes características también son predicables de las AFP privadas: **a)** Tienen el deber de reconocer oportunamente las prestaciones; **b)** Cuentan con mecanismos que permiten el recobro de los recursos, y; **c)** Cuentan con una mayor solidez financiera, vocación de permanencia en el tiempo y una menor volatilidad que los empleadores omisos. Estas fueron las

¹⁸ **ARTÍCULO 13, LITERAL F.** – Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.

¹⁹ Sentencia SL con radicado 32922 del 22 de julio de 2009.

características que la Casación del Trabajo identificó para darle solución a estos supuestos y las entidades de seguridad social sujetas al RAIS, cumplen con todas. La dificultad del caso no reside en un vacío normativo ni en la aplicación de un precedente judicial poco benevolente con el afiliado.

Entrando a la dimensión de la especulación, para una posible solución de este supuesto, proponemos partir de la base, reiterada a lo largo de este ensayo, de que los operadores jurídicos no cuentan ni contarán con las competencias y herramientas para dirimir este tipo de conflictos, es una dificultad del sistema que no se puede corregir; sin embargo, **sí existen entidades de la seguridad social que, no solo tienen las competencias y herramientas para dar solución a este tipo de hipótesis, sino que tienen la obligación legal de hacerlo**; estas entidades no son otras que las propias AFP. Rebobinemos, previamente advertimos que el juez no puede reconocer una prestación si desconoce el valor de la misma; no obstante, esto no significa que fáctica y legalmente no tenga la facultad para hacerlo *per se*, sino que el nivel abstracto de su fallo es demasiado alto para cumplir con las prerrogativas del Sistema General de Pensiones. Es imposible pretender que, para estos supuestos, el juez conozca la modalidad de pensión que rige cada caso particular, sus requisitos, cálculos y fórmulas para su financiamiento, y la exigibilidad o no del derecho pensional; sin embargo, no es necesario que esta información provenga del juez, toda vez que, en virtud del **deber de información**, las AFP tienen la obligación legal de suministrarla. Frente a esta obligación, ha dicho la Sala Laboral:

Recuérdese que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que se acredite que el traslado causó una lesión injustificada que impidió el acceso a un derecho pensional en abstracto, a menos que el litigio se dirija justamente a acreditar un perjuicio como pretensión complementaria, sin que esto incide en la declaratoria de ineficacia de traslado.

Y es que en un estadio de afiliación activa al sistema y más aún cuando el derecho pensional aún está en formación, los jueces no pueden elucidar en abstracto sobre la conveniencia de estar o permanecer en uno u otro régimen y los perjuicios que ello eventualmente acarrearía, pues cada uno de los modelos consignan características que pueden ser convenientes tanto para el afiliado como a sus eventuales beneficiarios en determinada situación particular.

A raíz de ello, la jurisprudencia de la Corte ha garantizado el derecho básico de los trabajadores a recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional, como una garantía mínima consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que encuentra respaldo en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 y se armoniza con artículo el 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto» (CSJ SL3871-2021), de modo que incumplida esa prerrogativa, es imperativo declarar la ineficacia del traslado.

Ya fue expuesto en el acápite dedicado a las características del RAIS, que este deber de información se estableció en cabeza de las AFP desde que se implementó el Sistema de Seguridad Social Integral, con el objetivo de que los afiliados pudieran tomar decisiones informadas. El nivel de seriedad que comporta este deber es tal, que cualquier estipulación que afecte el derecho de los afiliados a recibir información necesaria, objetiva y transparente, el ordenamiento la castiga con la más grave de las sanciones legales: **la ineficacia.**

Consideramos que, el deber de información no puede ser exigible únicamente al momento de la afiliación inicial o al traslado de régimen, **sino que sea una constante durante todo el proceso de conformación del derecho pensional.**

En conclusión, una posible solución para estos supuestos de reconocimiento de prestaciones con el recobro de recursos en el RAIS es que las propias AFP suministren toda la

información necesaria para “aterrizar” el sentido del fallo del juez, evitando así providencias abstractas sin afectar el reconocimiento oportuno de los derechos pensionales de los afiliados.

4. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico colombiano reconoció la protección frente a la contingencia de la vejez como una obligación inherente al trabajo humano. Si bien hubo periodos en los que se desconoció esta naturaleza, por regla general se ha propendido por garantizar universal y eficientemente dicha protección.

La protección ha adoptado diversas formas a lo largo de la historia, y el legislador ha buscado garantizar que el trabajador dependiente, como la parte más vulnerable en las relaciones laborales que son naturalmente asimétricas, tenga la menor carga entre los responsables de enfrentar estos riesgos. Tradicionalmente, el empleador ha desempeñado un papel fundamental en esta obligación: bajo el régimen de prestaciones patronales, era su responsabilidad reconocer y pagar la prestación de vejez; en el régimen del Seguro Social, debía acumular recursos para entregar al I.S.S. cuando este último convocara la afiliación de empleados; bajo el Acuerdo 049 de 1990, debía afiliar al trabajador al I.S.S., reportar las semanas de trabajo y financiar parte de la cotización que, en última instancia, financiaría la prestación del trabajador. La omisión en la afiliación es un problema que surge debido al retraso en la implementación del Instituto de Seguros Sociales en todo el territorio colombiano y que se agrava por la exclusión de los trabajadores de entidades públicas, establecida en el Decreto 758 de 1990.

La protección frente a la contingencia de la vejez se consideraba intrínseca a la condición de trabajador; sin embargo, con la Constitución Política de 1991, el alcance se expandió, y desde entonces se entiende, no solo como un derecho exclusivo del ámbito laboral, sino también como un requisito para garantizar la dignidad humana, en la medida en que “hace posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal

desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos".

Por lo anterior e invocando la garantía de derechos fundamentales, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha refinado su jurisprudencia reiterando que las normas y principios que componen el Sistema General de Seguridad Social se caracterizan por su contenido social, lo que impone una interpretación acorde a esa naturaleza; concluyendo que, ante los múltiples y variados supuestos de no afiliación, todos deben encontrar una solución común que no es otra que el reconocimiento oportuno de prestaciones con el consecuente recobro de los recursos necesarios a la entidad empleadora a través de los instrumentos contemplados por el ordenamiento para ello.

Finalmente, consideramos pertinente traer a colación la siguiente reflexión propuesta por el tratadista Guillermo González Charry (2022)²⁰, redactor del primer estatuto orgánico del trabajo:

Yo creo que debe haber una justicia especial, atendida por jueces especiales, para la seguridad social. No es lo mismo examinar un contrato de trabajo que empezar a examinar si se pagaron las cuotas del seguro social, si se tenía derecho o no se tenía derecho en salud o en pensiones. **En Colombia tenemos una seguridad social tan grande que deben existir jueces especiales en este sentido, para que manejen el lenguaje y los hechos propios de la jurisdicción.**

Compartimos el sentido de esta reflexión, toda vez que, en el desarrollo del presente ensayo, se logró demostrar que gran parte de los obstáculos para el reconocimiento oportuno de los derechos pensionales se deben a la impericia, frente a los aspectos técnicos de la seguridad

²⁰ Sierra Molina, P. & Wilches Rojas, C. (2002). El reconocido tratadista Guillermo González Charry conversa sobre el desarrollo que ha tenido el derecho laboral en Colombia durante los últimos 50 años. *REVISTA ACTUALIDAD LABORAL*, No. 112, p.16. Recuperado de: https://xperta.legis.co/visor/rlaboral/rlaboral_7680752a7efd404ce0430a010151404c/revista-de-actualidad-laboral-y-seguridad-social/un-repaso-a-la-historia-y-evolucion-del-derecho-laboral

social, de los actores protagónicos llamados a diseñar y ejecutar la arquitectura institucional detrás de las entidades que componen el sistema.

REFERENCIAS

Ley 06 de 1945. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo. 19 de febrero de 1945. D.O. No. 25790.

Ley 90 de 1946. Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. 26 de diciembre de 1946. D.O. No. 23112.

Decreto 3041 de 1966 [Ministerio del Trabajo]. Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte Acuerdo 224 de 1966. D.O. No. 32126.

Código Sustantivo del Trabajo [CST]. Decreto 2663 de 1950. D.O. No. 27622.

Decreto 758 de 1990 [Presidencia]. Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1° de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios. D.O. No. 39303.

Constitución Política de Colombia. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional. Sentencia T-113 de 2021, M.P. PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA.

Corte Constitucional. Sentencia T-173 de 2016, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS.

Corte Constitucional. Sentencia T-484 de 2019. M.P. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. D.O. No. 41148.

Ramírez, L.F. (1993). Ley 100 de 1993. Exposición de motivos del Proyecto de Ley "por la cual se crea el Sistema de Ahorro Pensional y se dictan otras disposiciones sobre seguridad social. Recuperado de

https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/xp_exm_l0100_93.htm

Corte Constitucional. Sentencia C-277 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. SL1688 de 2019. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO. 08 de mayo 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. SL1947 de 2020. M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ. 01 de julio de 2020.

Decreto 663 de 1993 [Ley]. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. D.O. No. 40820.

Ministerio de Hacienda. ABC – BONOS PENSIONALES. Recuperado de: https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-158477%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. SL16104 de 2014. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO. 05 de noviembre de 2014.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia radicado 23611. M.P. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA. 04 de noviembre de 2004.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia radicado 23611. M.P. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA. 04 de noviembre de 2004.

Decreto 832 de 1996 [Presidencia]. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993, y en especial, sus artículos 35, 40, 48, 65, 69, 71, 75, 81, 83 y 84. D.O. No. 42785.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. SL062. M.P. MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO. 19 de enero de 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. SL2168. M.P. DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA. 19 de mayo 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. SL9856. M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN. 16 de julio de 2014.

Decreto 1887 de 1994 [Presidencia]. Por el cual se reglamenta el inciso 2º del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. D.O. No. 41480.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. SL2341. M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ. 09 de junio de 2021.

Circular 13 del 24 de abril de 2012 [Superintendencia Financiera].

Sierra Molina, P. & Wilches Rojas, C. (2002). El reconocido tratadista Guillermo González Charry conversa sobre el desarrollo que ha tenido el derecho laboral en Colombia durante los últimos 50 años. REVISTA ACTUALIDAD LABORAL, No. 112, p.16. Recuperado de: https://xperta.legis.co/visor/rlaboral/rlaboral_7680752a7efd404ce0430a010151404c/revista-de-actualidad-laboral-y-seguridad-social/un-repaso-a-la-historia-y-evolucion-del-derecho-laboral