OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

Magistrado ponente

SL646-2025

Radicación n.° 08001-31-05-013-2016-00220-01

Acta 006

Bogotá D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veinticinco (2025).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO SA (AVIANCA SA)**, respecto de la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 30 de octubre de 2020, en el proceso que en su contra y de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**, promovió **CARLOS JULIO LHOESTE CARRASQUILLA**, quien según certificado de defunción que reposa en la página 328 del cuaderno digital de primera instancia, falleció el 9 de abril de 2018.

AUTO

Se reconoce personería jurídica a la abogada Linda Tatiana Vargas Ojeda identificada con cédula de ciudadanía

n.° 1.140.862.823 y tarjeta profesional n.° 287.982 como apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

I. ANTECEDENTES

Carlos Julio Lhoeste Carrasquilla convocó a juicio a Avianca SA y Colpensiones, para que se condenara, a la primera, al pago de los aportes pensionales causados entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969, a través de cálculo actuarial; y, consecuencialmente, a la segunda, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en virtud del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, con el correspondiente retroactivo pensional y los intereses de mora del art. 141 de la ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que nació el 18 de noviembre de 1936; que se afilió al ISS el 3 de marzo de 1969, con cotizaciones hasta el 17 de agosto de 2006; que prestó servicios personales a órdenes del Banco Popular desde el 15 de junio de 1954 hasta el 22 de febrero de 1959, que su último cargo el de inspector de caja y su salario final de $300; que posteriormente laboró para Avianca SA en forma ininterrumpida desde el 10 de marzo de 1959 hasta el 1° de octubre de 1970, teniendo como último cargo el de agente vendedor, con un salario promedio final de $1.744,16, sin embargo, su empleadora solo lo afilió al ISS el 3 de marzo de 1969, cotizando hasta la fecha de su retiro, sin

reportar el periodo del 10 de marzo de 1959 hasta el 2 de marzo de 1969.

Narró que igualmente laboró para otros empleadores, como José Monroy y Lhoeste C., José Monroy & Cía., Tecnoserv y/o Carmen y Acerciviles, tiempos que suman un total de 1.174,85 semanas; que el 21 de diciembre de 1994 le solicitó a Avianca SA certificación del tiempo de servicios, salario devengado y aportes efectuados al ISS y el 7 de febrero de 2000, por considerar que reunía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, solicitó la prestación; además, pidió el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al ISS, hoy Colpensiones. Las accionadas le negaron el derecho por medio de comunicación del 9 de marzo de ese año y, a través de la Resolución n.º 001633 del 28 de junio de 2001, por no reunir el número de semanas requeridas por la ley

Agregó que le solicitó al ISS requerir a Avianca SA por el periodo dejado de convalidar, por lo que el 3 de marzo de 2005 mediante oficio DP915, la jefe del Departamento de Pensiones le solicitó al jefe de Planeación de Gestión Humana de esta, pronunciarse respecto del tiempo laborado por su extrabajador, pero ella guardó silencio; que elevó petición de emisión de certificación de cuota parte a la citada empresa, contestada el 21 de junio de 2005 mediante radicado n.° A8010300000-134546, negando su petición, por haber asumido los riesgos de IVM el ISS.

Finalmente informó que el 29 de marzo de 2006 presentó queja ante el Ministerio de Trabajo citando a las demandadas a audiencia de conciliación, sin que comparecieran; que en el año 2006 demandó en proceso ordinario laboral a las accionadas, con el objetivo de obtener el pago de la pensión de vejez, el cual terminó con sentencia adversa a sus intereses; y que el 6 de marzo de 2014 solicitó indemnización sustitutiva de la pensión de vejez ante Colpensiones, la cual se le otorgó.

Avianca SA al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, bajo el argumento de que el señor Lhoeste Carrasquilla en una oportunidad anterior adelantó proceso judicial en su contra y en la de Colpensiones, fundamentándose en los mismos hechos y pretensiones del presente, decidido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, quien las absolvió de las pretensiones.

Añadió que afilió al actor desde que el ISS entró en funcionamiento en la ciudad de Cartagena, realizando los aportes para los riesgos de IVM hasta que culminó el contrato de trabajo, esto es, desde el 3 de marzo de 1969 hasta el 1º de octubre de 1970, por lo que no incumplió obligación alguna; que además, no ha recibido requerimiento alguno por parte de la entidad de seguridad social por el pago de cotizaciones en pensiones, más allá de los que por ley le correspondieron durante toda la relación laboral.

Como excepción previa propuso la de cosa juzgada; y de fondo, las de prescripción, compensación e inexistencia de la obligación.

Colpensiones al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones, bajo el argumento de que al actor no le asistía el derecho a la pensión de vejez, por no haber cumplido con el requisito de las semanas exigidas por el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues en su historia laboral solo se reflejan 426 septenarios.

Como medios de defensa planteó los que denominó cobro de lo no debido, falta de causa para demandar, buena fe y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Barranquilla, a través de sentencia del 23 de febrero de 2018, declaró probada la excepción de cosa juzgada propuesta por Avianca SA, en consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por medio de sentencia del 30 de octubre de 2020, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, decidió lo siguiente:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 23 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Barranquilla, para en su lugar DECLARAR NO PROBADA la excepción de COSA JUZGADA postulada por AVIANCA S.A. y probada parcialmente la de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 27 de mayo de 2013.

SEGUNDO. CONDENAR a AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A – AVIANCA S.A. a pagar los aportes a pensión del periodo comprendido entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969, previa elaboración del respectivo cálculo actuarial por Colpensiones, por la no afiliación de CARLOS JULIO LHOESTE CARRASQUILLA.

TERCERO. CONDENAR a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez en favor de CARLOS JULIO LHOESTE CARRASQUILLA, a partir del 01 de mayo de 2013, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, con los incrementos o reajustes legales, y las mesadas adicionales que se hayan causado hasta el 9 de abril de 2018, fecha de su óbito, al igual que a la indexación del retroactivo pensional que se cause de acuerdo con el IPC certificado por el Dane a la fecha del pago.

CUARTO: ABSOLVER de los intereses de mora del art. 141 de la ley 100 de 1993

QUINTO. AUTORIZAR a COLPENSIONES para que efectúe los descuentos por concepto de aportes al régimen de salud, salvo sobre las mesadas adicionales, además de la deducción de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida por la Res GNR 154116 del 6 de mayo de 2014, por valor de $3.016.228.

El *ad quem* de forma preliminar precisó que en el presente proceso el fallador de primer grado declaró probada la excepción de cosa juzgada, derivada de la existencia de un proceso ordinario laboral anterior entre las mismas partes, y bajo idénticos supuestos fácticos y causa *petend*i, el cual cursó ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, resuelto con sentencia absolutoria, confirmada por el superior.

Por lo anterior, indicó que el problema jurídico principal se orientaba a determinar si se configuró la excepción de cosa juzgada respecto de Colpensiones y Avianca SA.

En caso negativo, agregó que estudiaría, subsidiariamente, si al demandante le asistía derecho a que por parte de esta última se le cancelaran los aportes pensionales, previo cálculo actuarial por parte de Colpensiones, por el período comprendido entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969, con ocasión de su no afiliación al Sistema de Seguridad Social en pensiones; y si había lugar a la prestación por vejez, computando el período anotado, de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en virtud del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, o bajo cualquier otro que le resultara aplicable, con el pago consecuente de las mesadas retroactivas.

Señaló que sostendría las siguientes tesis: *(i)* que no existía identidad de objeto ni de causa *petendi* o fáctica entre el actual proceso y el anterior promovido entre las mismas partes, por lo que no se configuró el fenómeno de la cosa juzgada; *(ii)* que el demandante tenía derecho a que por parte de Avianca SA se le cancelara el valor correspondiente al título pensional por el tiempo de servicio prestado a ésta entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969, no cotizado al Instituto de los Seguros Sociales por ausencia de cobertura, previo cálculo actuarial que deberá realizar Colpensiones; y, *(iii)* que tales períodos habían de tenerse en

cuenta para los efectos de establecer el derecho pensional, por lo cual, validando estos, le asistiría derecho al actor a la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en virtud del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la cosa juzgada, luego de realizar unas disquisiciones frente a su fundamento legal —art. 303 CGP— y los elementos que la configuran, precisó lo siguiente:

> En este proceso, se aportó copia de la demanda presentada por el demandante contra el extinto ISS, hoy Colpensiones, y AVIANCA, S.A., a través de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez (fls. 144-145), la cual correspondió por reparto al Juzgado 6º Laboral de Circuito de Cartagena, quien a través de sentencia del 08 de febrero de 2008, absolvió a Colpensiones y AVIANCA de las pretensiones de la demanda; decisión ésta que fue confirmada por el Tribunal de ese Distrito el 10 de junio de 2009.
>
> Ahora bien, según se deduce de los términos de la demanda con la cual se promovió el proceso actual, la misma parte demandante convocó a juicio a las mismas demandadas para que fuesen condenadas: Colpensiones, a realizar la liquidación del título pensional, mediante el cálculo actuarial de los aportes correspondientes al período no cotizados al Seguro Social por Avianca S.A., comprendidos entre el 10 de marzo de 1959 y el 02 de marzo de 1969, y a validar éstos para los efectos concernientes a la pensión de vejez reivindicada, y a ésta última a cancelar el valor correspondiente que resulte de la liquidación, y finalmente, que se condene a Colpensiones a reconocerle la pensión de vejez, de conformidad con el decreto 758 de 1990 que estima aplicable en razón de ser beneficiario del régimen de transición de ley 100 de 1993.
>
> Como puede advertirse, en el proceso anterior el objeto del proceso, o lo que es lo mismo, la pretensión sometida a composición de la jurisdicción por el demandante, estuvo circunscrita al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, bajo los supuestos de hechos (sic) que en aquel proceso se expusieron y que coinciden en lo fundamental con los que en este nuevo se han expuesto. Con todo, en el actual proceso, si bien se reivindica también el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, ésta

> tiene a su vez como fundamento, la pretensión principal de liquidación del respectivo título pensional por Colpensiones y el pago de éste por parte de Avianca S.A., lo que marca sino (sic) duda la diferencia entre ambos. Es decir, la pensión de vejez es apenas un efecto consecuente de la eventual validación de los períodos consignados en el título pensional que con esta se solicita y por lo tanto, un hecho nuevo y sobreviniente, que comporta ipso jure una nueva valoración jurídica para los efectos de reconocer y resolver sobre aquella. Y aun cuando, ciertamente, ello pudo haber sido objeto de pronunciamiento por parte del juez del primer proceso, en virtud de las facultades ultra y extra petita, lo cierto es que la pretensión formulada se concretó al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sin que hubiese sido objeto de éste la liquidación y pago del título pensional por los períodos laborados al servicio de Avianca y no cotizados al Instituto de los Seguros Sociales, lo que es sin lugar a equívocos una pretensión nueva y al mismo tiempo por su eventual estimación en sede judicial, generadora de un hecho nuevo con incidencia directa en el derecho pensional reivindicado. En consecuencia, no existe identidad de objeto ni de causa petendi, por lo cual no se configuran los requisitos de la cosa juzgada, lo que abre paso al estudio de fondo de las pretensiones formuladas con la demanda, a lo cual pasará la Sala a continuación.

En lo referente al pago del título pensional por el tiempo no cotizado al ISS por falta de cobertura, indicó que no fue objeto de discusión que el señor Lhoeste Carrasquilla y Avianca SA estuvieron unidos por un contrato de trabajo desde el 10 de marzo de 1959 hasta el 1º de octubre de 1970 (f.° 32, 33, 35 y 140); y que este fue afiliado al extinto ISS por parte de la citada empresa, el 3 de marzo de 1969, como se refleja en el historial de semanas que reposa en los folios 108 a 109.

Luego expresó lo siguiente:

> En consecuencia, ninguna objeción amerita para la Sala que el demandante estuvo excluido de la protección que otorga el sistema pensional para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, durante el período comprendido entre el 10 de marzo de 1959 al 2 de marzo de 1969, tiempo durante el cual tales riesgos estuvieron a cargo directo del empleador, pues la subrogación que se dio por el Seguro de I.V.M. en los términos de la ley 90 de

1946 y el decreto 3041 de 1966 fue gradual y progresiva. En lo que tiene que ver con la pensión de vejez, el artículo 76 de la ley citada ordenó que "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…" Sin embargo, a renglón seguido también dispuso que "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…", y que "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".

Por su parte, el decreto 3041 de 1966 estableció a cargo de los empleadores la obligación de afiliación respecto de aquellos trabajadores que a la fecha de inicio de ésta tuvieren 15 o más años de servicios a la empresa, a pesar de lo cual, cumplidos el tiempo y edad de jubilación establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo, debían reconocer la respectiva prestación, y seguir cotizando para el respectivo riesgo hasta tanto se cumpliesen los requisitos para la pensión de vejez en el régimen del Seguro Social, evento en el que, reconocida la pensión por éste, solo sería de su cargo el mayor valor. Igual obligación de afiliación se estableció para los trabajadores con 10 o más años de servicio a la empresa, con la salvedad que en este último evento solo quedó a cargo del empleador la pensión restringida que consagró el artículo 8º de la ley 171 de 1961 en los casos en que despidiere al trabajador sin justa causa, pero con la obligación de seguir cotizando a partir de la fecha en que se hiciere la efectiva la pensión y hasta cuando fueren satisfechas las semanas necesarias para la pensión de vejez en el régimen de los Seguros Sociales, momento en el que reconocida la prestación por éste, quedaría de su cargo solo el mayor valor.

En suma, según las disposiciones citadas, es posible concluir que para los trabajadores con 15 o más años de servicio a la empresa para la fecha en que se inició la obligación de afiliación, la subrogación por parte del Seguro quedó condicionada a la suficiencia de los aportes que debía realizar el empleador y sin perjuicio de reconocer directamente la prestación pensional tan pronto se cumplieren los requisitos de edad y tiempo establecidos en la ley vigente a la sazón. En cambio, respecto de aquellos trabajadores que a la misma fecha no tuvieren 15 años de servicio a la empresa, el empleador no quedó obligado a reconocer ninguna prestación pensional, salvo la pensión sanción de quienes tuvieren para entonces 10 o más años, en caso que fueren despidos sin justa causa, no obstante lo cual, para que el instituto validara el tiempo anterior a la afiliación, para los

> efectos que conciernen a la misma prestación, el artículo 76 citado impuso al empleador la obligación de "aportar las cuotas proporcionales correspondientes…".
>
> Se concluye así que por mandato de la ley 90 de 1946 al empleador le corresponde contribuir a la financiación de la pensión de vejez, cuando para su causación no fueren suficientes las semanas cotizadas por el trabajador al sistema pensional desde su afiliación y hubiere necesidad de validar el tiempo anterior prestado al mismo Radicación No. 08-001-31-05-013-2016-00220-01/62.695. empleador y no cotizado por éste, por corresponder a períodos donde no existía la obligación de afiliación, bien por no haberse expedido el reglamento correspondiente, o bien por falta de cobertura del Seguro en la zona geográfica donde se desarrolló el contrato de trabajo.
>
> Ahora bien, con la vigencia de la ley 100 de 1993, la falta de afiliación también generó responsabilidades para el empleador omiso. Así, por ejemplo, el inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, dispuso que " … 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". De modo, pues, que atendiendo las disposiciones citadas, es posible entender que desde la vigencia de la ley 100 de 1993, el pago de las cuotas correspondientes al que hace referencia el artículo 76 de la ley 90 de 1946, se traduce en la obligación del empleador de constituir el título pensional correspondiente, calculado en la forma establecida en el decreto 1887 de 1994.

Acto seguido, referenció la sentencia de la Corte CSJ SL16715-2014; y concluyó que había lugar a condenar a Avianca SA a constituir el título pensional por el período durante el cual el actor no fue afiliado al ISS, es decir, entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969.

Tratándose de los aportes pensionales, sostuvo que no era posible alegar que el derecho a la pensión en sí es imprescriptible, pero sí lo es respecto de los demás elementos

que lo integran, puesto que de ser así se tornaría imposible su formación; por ende, no había lugar a la declaratoria de dicho medio exceptivo. Relacionó la sentencia CSJ SL, 18 feb. 2004, rad. 21378.

Por último, en lo relativo a la pensión de vejez, indicó que era indiscutible que el actor para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, porque nació el 18 de noviembre de 1936 (f.° 21), por lo que era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo entonces la normativa anterior aplicable el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que en su art. 12 otorga el derecho con 500 semanas en los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad, o 1000 en cualquier tiempo, y 60 años de edad en el caso de los hombres.

En cuanto al caso concreto, manifestó lo siguiente:

> En este orden de ideas, el demandante cumplió la edad de pensión el día 18 de noviembre de 1996
>
> En cuanto a la densidad de semanas, de acuerdo al historial de semanas, cuenta en Colpensiones con un total de 426,57 semanas, desde el 3 de marzo de 1969 hasta el 31 de agosto de 2006.
>
> También otea la Sala que el demandante laboró en vida al Banco Popular desde el 15 de junio de 1954 hasta el 22 de febrero de 1959, según se detalla en certificado de información laboral a folio 28 a 31. Al respecto, el artículo 13, literal f de la ley 100, a cuyo tenor literal señala que "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.”. La Sala resalta la expresión “para el reconocimiento de las pensiones contempladas en los dos regímenes”, para significar que no se excluyen de éstas las que se reconocen por virtud del régimen de transición. De modo, pues, que sin hesitación para el efecto del cómputo de las semanas al que alude la norma que por transición resulte aplicable, deben tenerse en cuenta tanto las cotizadas al ISS como las cotizadas a otras cajas o simplemente no cotizadas, pero que corresponden a tiempo de servicios a entidades de naturaleza pública como, en este asunto lo era para la correspondiente época, el Banco Popular. Por lo demás, esta posición fue asumida por la Corte Constitucional en sede de revisión de tutelas a través de la sentencia SU-769 de 2014, reiterada en sentencia T-408 de 2016, y recientemente por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1947-2020 del 1º de julio de 2020, rad 70918.

Advirtió que sobre la posibilidad de computar el tiempo respecto del cual no medió afiliación por parte de Avianca SA, el literal d) del art. 33 de la ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, previó que para la pensión de vejez habían de tenerse en cuenta los tiempos laborados con empleadores que por omisión u otra causa no cumplieron con el deber de afiliación a la seguridad social de sus trabajadores, exigiendo para ello el traslado de las cotizaciones correspondientes a través del cálculo actuarial y representado en un bono pensional.

Y que precisamente, en lo relativo a este último requisito, la Corte ha tenido posiciones divergentes, pues en un principio estimó que hasta tanto no se trasladara la suma correspondiente a la entidad administradora de pensiones, no estaba obligada a otorgar la prestación —acogida por el *a quo*—.

Luego precisó lo siguiente:

> No obstante, en la última orientación se ha echado de menos este requisito, imponiendo sobre la administradora la carga del recaudo de tales aportes conforme al cálculo actuarial que realicen. En asunto similar al aquí ventilado, en el que el empleador omitió la afiliación de un trabajador a quien posteriormente no se le tuvo en cuenta dicho periodo para la contabilización de las semanas exigidas para acceder al derecho pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte señaló que lo procedente es que la entidad aseguradora tenga en cuenta tales tiempos y posteriormente promueva las acciones necesarias tendientes a recuperar el valor de los aportes con el cálculo actuarial respectivo, debiendo en tal sentido tramitar el bono o título pensional previsto, pero sin que por ningún motivo sea el trabajador quien soporte la carga por tal situación y se le niegue el derecho pensional al que puede tener derecho, pues quedaría supeditado a la voluntad del empleador definir su situación pensional (sentencia SL 16086 de 2015).

Así, concluyó que era posible computar las semanas con el fin de estudiar el cumplimiento de la exigidas en la normatividad aplicable.

Por lo que dedujo, que le asistía derecho al actor a la pensión de vejez, ya que en su historia laboral se reflejaban 426.57 semanas, y al sumarle el tiempo de servicios con el Banco Popular desde el 15 de junio de 1954 al 22 de febrero de 1959, que comprende 241 septenarios, y el prestado a Avianca SA, respecto del cual no hubo afiliación, esto es, desde el 10 de marzo de 1959 hasta el 2 de marzo de 1969, que equivale a 513.14 septenarios, ascienden a 1180.71, suficientes para consolidar el derecho reclamado.

En cuanto a la data de causación y disfrute de la pensión, dijo que debía ser al día siguiente de la última cotización, es decir, el 1° de septiembre de 2006, y hasta la fecha del óbito del pensionado –9 de abril de 2018-.

Tratándose del monto de la pensión, señaló que el ingreso base de liquidación debía ser el que resultara de aplicar las prescripciones del art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expidiera el Dane, o sobre los ingresos de toda la vida laboral, cuando hubiere cotizado 1250 semanas; por lo que indicó, que realizadas las operaciones aritméticas pertinentes de los últimos 10 años, el valor de la pensión resultaba inferior al salario mínimo mensual legal vigente, por lo que su monto debía reconocerse en cuantía equivalente a este.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por Avianca SA, concedido por el tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Lo formula la censora en los siguientes términos:

> Se pretende que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, CASE TOTALMENTE la sentencia recurrida, para que, constituida en sede de instancia, confirme la decisión de PRIMERA INSTANCIA y, en su lugar, declare probada la excepción de COSA JUZGADA y, en consecuencia absuelva a AVIANCA S.A. de realizar el pago del cálculo actuarial de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones para el período comprendido entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969.

> De no prosperar lo anterior, se pretende que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, CASE TOTALMENTE la sentencia recurrida, para que constituida en sede de instancia declare que AVIANCA S.A. no tiene obligación de realizar el pago de cálculo actuarial de los aportes al Sistema General de Seguridad Social de Pensiones para el período comprendido entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969, por cuanto para esta fecha el ICSS no había entrado en vigencia en la ciudad de Cartagena de Indias (Bolívar) y, por lo tanto, no se encontraba obligada a realizar el pago de los mismos.
>
> De no prosperar lo anterior, se pretende que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, CASE PARCIALMENTE la sentencia recurrida, para que declare que la obligación de realizar el pago de cálculo actuarial entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969 y en favor del señor CARLOS JULIO LHOESTE CARRASQUILLA es de AVIANCA S.A. en un 50%, del señor CARLOS JULIO LHOESTE CARRASQUILLA en un 25% y de COLPENSIONES en un 25%.

Con tal propósito, formula cuatro cargos, replicados por Colpensiones; de los cuales se resolverán en forma conjunta los tres últimos, en la medida en que se encauzan por la misma senda.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida los arts. 33 de la Ley 100 de 1993 y 3° y 4° del Decreto 1887 de 1994, en relación con la *«falta de aplicación»* del 303 del Código General del Proceso, así como el 177 *ibidem*, aplicable por analogía al procedimiento laboral.

Indica que ello tuvo lugar, por haber incurrido el tribunal en los errores de hecho que se refieren a continuación:

1. No dar por demostrado, estándolo, que hay identidad de objeto y causa *petendi* entre las peticiones del señor CALOS (sic) JULIO LHOESTE CARRASQUILLA presentadas en el proceso que se surtió ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena bajo el radicado 00226 2006 y el proceso bajo examen.

2. Dar por demostrado, sin estarlo, que las peticiones presentadas por el señor CALOS (sic) JULIO LHOESTE CARRASQUILLA en el proceso que se surtió ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena bajo el radicado 00226-2006 tienen diferente objeto y causa petendi respecto de las peticiones del proceso bajo examen.

3. No dar por demostrado, estándolo, que el señor CARLOS JULIO LHOESTE CARRASQUILLA persigue el mismo fin con este proceso que con el tramitado ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena bajo el radicado 00226-2006.

4. Dar por demostrado, sin estarlo, que el señor CARLOS JULIO LHOESTE CARRASQUILLA persigue un fin diferente con este proceso que con el tramitado ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena bajo el radicado 00226-2006.

Como pruebas y piezas procesales no valoradas, relaciona el escrito de contestación de la demanda. Y como erróneamente apreciadas, las siguientes: el expediente identificado con el radicado 00226-2006 del proceso ordinario laboral que cursó en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena promovido por Carlos Julio Lhoeste Carrasquilla en contra de Avianca SA y Colpensiones; y el libelo genitor.

En su desarrollo pone de presente que en los casos en los que se estudia la cosa juzgada se debe observar que exista identidad de partes, objeto y de causa *petendi* (CSJ SL2590-2020).

Expresa que, de haber realizado el juez colegiado una acertada revisión del escrito de demanda en el expediente

identificado con el radicado 00226-2006 del proceso ordinario laboral que cursó en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, en relación con la del presente, se hubiera percatado de que ambas pretensiones buscan un mismo objeto: el reconocimiento de una pensión de vejez en favor del señor Lhoeste Carrasquilla.

Además, que ambas peticiones se encontraban cimentadas en la misma causa *petendi*, la falta de pago por parte de Avianca SA de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969, por falta de entrada en vigencia del ICSS en la ciudad de Cartagena (Bolívar).

Indica que en ese sentido a la única conclusión a que se podría llegar, es la de encontrar configurada la cosa juzgada, pues como lo expresó el *ad quem*, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena dentro del trámite del primer proceso pudo pronunciarse respecto de los aportes a pensión causados entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969 por parte de Avianca SA, cuando expresó lo siguiente: *«Y aun cuando, ciertamente, ello pudo haber sido objeto de pronunciamiento por parte del juez del primer proceso, en virtud de las facultades ultra y extra petita, lo cierto es que la pretensión formulada (…)»*; no obstante, se debe tener en cuenta que en los hechos del libelo genitor se solicitó el reconocimiento del derecho en los mismos términos del invocado en este proceso, ya que se alega el correspondiente al laborado con la mencionada empresa, señalando que Colpensiones le debía otorgar la prestación por la mora y la

falta de cotización de su empleadora, lo que significa que la causa material es la misma, y que la ausencia del pronunciamiento por parte del juzgador al conocer de aquel, obedeció a un error no remediado en ese momento por el apoderado judicial del actor:

> [...] pues hay ausencia de solicitud de complementación de la sentencia o de recurso de apelación, en contra de la decisión de primera instancia, indicando la falta de pronunciamiento sobre ese aspecto y que, tanto la parte actora como el Tribunal pretenden corregir con este nuevo proceso judicial, violando el derecho constitucional de mi representada al de la seguridad jurídica y no resolver de manera indefinida o hasta que la parte actora logre el resultado deseado».

Por último, realiza un cuestionamiento en torno a la seguridad jurídica cuando un asunto se resuelve de fondo, y luego se reabre de nuevo la discusión *«para corregir errores que por culpa de las partes no se resolvieron en aquella oportunidad aun teniendo la oportunidad para hacerlo»*.

VII. RÉPLICA

Colpensiones asegura que lo relacionado con el cuaderno de primera instancia referente al proceso 00226-2006, contiene única y exclusivamente la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Avianca SA y/o el ISS, así como al pago de las mesadas y primas dejadas de percibir debidamente indexadas; y que la pretensión principal en el presente proceso es el pago del cálculo actuarial comprendido entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969, a través de un título pensional, para que computadas estas semanas se le reconozca consecuentemente la citada prestación, por lo que concluye,

que ello difiere de lo peticionado en el proceso anterior, con conocimiento del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena.

VIII. CONSIDERACIONES

El juez plural tuvo por no configurada la excepción de cosa juzgada entre el presente proceso, y el anterior radicado bajo el número 00226-2006 del Juzgado Sexto Laboral de Circuito de Cartagena, pues pese a concluir la identidad de partes, no encontró las de objeto y de causa *petendi*; en esa dirección se enfilan los cuatro errores de hecho expuestos por la censora.

Así las cosas, el *problema jurídico* que debe abordar la Sala, se centra en determinar si se equivocó el juez plural al no dar por acreditada la excepción de cosa juzgada por falta de identidad en sus objetos y en las causas.

En torno a la institución de la cosa juzgada, resulta oportuno indicar que esta corporación (CSJ SL1686-2017 y CSJ SL198-2019) ha establecido que para que se configure, de acuerdo al art. 332 del CPC, hoy 303 del CGP, debe haber identidad de: *i)* personas o sujetos, esto es, que se trate de los mismos demandante y demandado; *ii)* objeto o cosa pedida, es decir, del beneficio jurídico que se reclama; y *iii)* causa para pedir, que se refiere al fundamento fáctico o material que sirve de base al derecho reclamado.

Ahora, sobre los elementos de la cosa juzgada, en la

sentencia CSJ SL, 18 ag. 1998, rad. 10819, reiterada entre otras, en las sentencias CSJ SL12686-2016 y CSJ SL17424-2017, se dijo lo siguiente:

> Antes del estudio de los desatinos fácticos planteados en la censura, conviene aclarar que para que en un caso determinado se configuren los elementos axiológicos del instituto procesal de la "cosa juzgada" no es indispensable que todos los hechos de las demandas materia de cotejo sean exactamente los mismos, ni que el conjunto del petitum sea idéntico. La ley procesal no exige para la prosperidad de esta excepción que el segundo proceso sea un calco o copia fidedigna del precedente en los aspectos citados. No. Lo fundamental es que el núcleo de la causa petendi, del objeto y de las pretensiones de ambos procesos evidencien tal identidad esencial que permita inferir al fallador que la segunda acción tiende a replantear la misma cuestión litigiosa, y por ende a revivir un proceso legal y definitivamente fenecido.
>
> Si se llegase a la afirmación contraria bastaría que después de una sentencia judicial desfavorable la parte perdedora alterase los fundamentos fácticos de la acción desventurada o adicionara pretensiones accesorias con el objeto de enervar los inexorables e indelebles efectos de la cosa juzgada, en una tentativa vana de enmendar los errores que originaron el resultado frustrado-. Tal actitud fomentaría el desgaste del sistema judicial y socavaría su seriedad, respetabilidad y prestigio. De ahí porqué resulta muy importante que quien instaure una acción tenga desde un comienzo especial cuidado en señalar de manera concreta, sintética, completa y leal todos los fundamentos de ipso que le asisten a su favor, con la consciencia de que el proceso que ventila es en principio único y definitivo, y sólo tiene las etapas que la ley garantiza dentro del debido proceso por ella gobernado".
>
> [...] frente al instituto procesal de la "cosa juzgada" no es indispensable que todos los hechos de las demandas materia de cotejo sean exactamente los mismos, ni que el conjunto del petitum sea idéntico. La ley procesal no exige para la prosperidad de esta excepción que el segundo proceso sea un calco o copia fidedigna del precedente en los aspectos citados. Lo fundamental es que el núcleo de la causa petendi, del objeto y de las pretensiones de ambos procesos evidencien tal identidad esencial que permita inferir al fallador que la segunda acción tiende a replantear la misma cuestión litigiosa, y por ende a revivir un proceso legal y definitivamente fenecido. (Subrayas fuera del texto)

Con el fin de acreditar los errores fácticos alegados, referencia la censora como piezas procesales y pruebas no valoradas, el escrito de contestación de la demanda por parte de Avianca SA; y como erróneamente apreciadas, el expediente identificado con el radicado 00226-2006 del proceso ordinario que cursó en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena promovido por Carlos Julio Lhoeste Carrasquilla en contra de Avianca SA y Colpensiones; y el libelo genitor.

De la valoración de estas, que reposan de los folios 2 a 21, 163 a 181 y 190 a 212 del cuaderno digital de primera instancia, deduce la Sala, que entre el proceso anterior referenciado con radicado 00226-2006, y este, no se presenta identidad de objeto y de causa *petendi*, solo de partes, pues si bien es cierto que en ambos se solicita por el señor Lhoeste Carrasquilla el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, lo cierto es que en el primero se deprecó ello a cargo del ISS y/o Avianca SA, respecto de esta última, con fundamento en que no fue afiliado a la entidad de seguridad social para los riesgos de IVM en el período comprendido entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969; y en el actual, se pretende que se condene a Colpensiones a realizar el cálculo actuarial por el referido lapso, previsto en el Decreto 1887 de 1994, para que Avianca SA lo pague, y sea la primera quien asuma el reconocimiento de la prestación.

Es decir, que, si bien en ambos se reclama la responsabilidad de Avianca SA, por la no afiliación del trabajador al ISS para los riesgos de IVM durante el período

mencionado, en el proceso primigenio se tradujo en el reconocimiento de la pensión, la cual se estudió acorde con lo consagrado en el art. 260 del CST, y en el actual, en el pago del cálculo actuarial pertinente.

Ello sin duda alguna implica una diferencia relevante para estimar no configurada la excepción de cosa juzgada propuesta por Avianca SA, ante la ausencia de identidad de causa y objeto, como lo dedujo el juez plural.

En consecuencia, no se presentaron los yerros fácticos endilgados a la decisión recurrida, por lo que no avizora la Sala la violación alegada.

Por consiguiente, el cargo no está llamado a prosperar.

IX. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía directa en la modalidad de «*falta de aplicación*» de los arts. 33 de la Ley 100 de 1993 y 9 de la Ley 797 de 2003, en relación con el 61 del CPTSS y 177 del CGP.

En su demostración luego de referir los apartes pertinentes de la decisión de segundo grado, así como de la sentencia CSJ SL14388-2015 reiterada en la CSJ SL3937-2018, manifiesta lo siguiente:

> En este sentido, si bien, conforme la Ley 90 de 1946 el empleador tenía la obligación de hacer un aprovisionamiento para el pago de dichos aportes cuando el extinto ICSS entrara en vigencia, el

> riesgo de vejez no se materializó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, trasladándose así dicho riesgo al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, materializado dicho riesgo en vigencia de esta ley, sin que fuera necesario la contabilización de los aportes antes de la entrada en vigencia de dicha Ley, conforme lo previsto por el ordinal c) del parágrafo primero del artículo 33. Es más, al señor CARLOS JULIO LHOESTE CARRASQUILLA no se le ha causado el derecho, o lo que es lo mismo, no se ha materializado el riesgo de vejez, por no cumplir con los requisitos previstos por la legislación laboral, en sus diferentes momentos y no solo con la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de vejez.
>
> Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que AVIANCA S.A. tiene la obligación de realizar el pago de los aportes al ICSS del señor CARLOS JULIO LHOESTE CARRASQUILLA antes de la entrada en vigencia de este Instituto, este debe ser respecto del número de semanas restantes para que la persona pueda pensionarse y no sobre la totalidad del tiempo reclamado, pues lo que se busca es la protección del trabajador para que pueda acceder a la pensión de vejez. Este ha sido el criterio reiterado de esta Sala de Casación quien ha indicado que el traslado del cálculo actuarial es la forma con la que se busca garantizar que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social, en los casos que el trabajador no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez (CSJ SL9586-2014, SL17300-2014, SL4072-2017, SL10122-2017 y SL5541-2018, entre otras).

Señala que es esa es la interpretación a la que ha llegado la Corte Constitucional; al respecto relaciona la sentencia CC T-281-2020, y manifiesta lo siguiente:

> 8. Y esto tiene sentido, pues no es dable, en aplicación a los principios de seguridad social, derechos mínimos y equilibrio del sistema, que se sancione a mi representada, debido al cambio jurisprudencial que se dio sobre la materia, cuando la omisión en el pago de las cotizaciones a pensión, durante la vigencia del contrato de trabajo con el demandante, no obedeció a un capricho de la empresa, si no al cumplimiento de las normas que regían el asunto.
>
> 9. Es importante recordar que, el riesgo de vejez, invalidez y muerte se trasladó de los empleadores al extinto ICSS en virtud de lo dispuesto por el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año. Sin embargo, la obligación del empleador de afiliar a los trabajadores al Sistema General de Pensiones para el riesgo de invalidez, vejez y muerte fue surgiendo paulatinamente en la medida que el este extinto

Instituto iba asumiendo estos riesgos en determinadas zonas geográficas y era imposible y prohibido realizar la afiliación del actor al ICSS, y el pago de los respectivos aportes a pensión, así como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia ya mencionada, T-281 de 2020, al indicar:

[…].

X. CARGO TERCERO

Denuncia la sentencia impugnada de violar por *«falta de aplicación»* el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 en relación con el 61 del CPTSS, así como el 177 del CGP, aplicable por analogía al procedimiento laboral.

En su desarrollo expresa lo siguiente:

4. Conforme lo anterior, se observa que se condena al empleador al pago del aporte al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones cuando este incumple con su obligación de afiliar a un trabajado o no pagar los aportes a su favor. Sin embargo, para el período de tiempo que se somete a juicio, para AVIANCA S.A., le era jurídica y fácticamente imposible afiliar al señor CARLOS JULIO LHOESTE CARRASQUILLA al extinto ICSS, esto por cuanto, no existía la obligación legal de hacer dicha afiliación al no haber entrado en vigencia dicho Instituto y por cuanto no existía la tecnología ni los recursos físicos necesarios y requeridos para ello.

5. En este sentido, los Decretos 1824 de 1965 y 3041 de 1966 establecieron como sanción para el empleador, el desembolso integral de la cotización –incluida la cuota del trabajador– solo cuando no descontaba del salario de aquél la proporción que le correspondía. En los demás eventos, los aportes tenían que financiarse de manera tripartita, participando, al tiempo, el Estado, el empleador y el empleado. Ambos Decretos, en sus artículos 21 y 38, respectivamente, incluyeron una cláusula idéntica del siguiente tenor: "Si el patrono no descontare el monto de la cotización del asegurado en la oportunidad señalada en este artículo, no podrá efectuarlo después y las cotizaciones no descontadas del asegurado, serán también de cargo del patrono".

6. En igual sentido lo prevé el ordinal d) del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, incluido por la Ley 797 de 2003, que indica para el reconocimiento pensional debe tenerse

en cuenta "(…) el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieran afiliado al trabajador" y así mismo el inciso 6° del artículo 2.2.16.7.18 del Decreto 1833 de 2016 "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".
7. Siendo esta posición acorde con el actual criterio del a Corte Constitucional que en sentencia T–181 de 2020 consideró:

[…]

8. En ese sentido, condenar a AVIANCA S.A. a que realice el pago total de los aportes al Sistema General de Seguridad Social del señor CARLOS JULIO LHOESTE CARRASQUILLA para el período comprendido entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969, resulta ser sancionatorio cuando mi mandante no realizó el pago de dichos aportes porque le era jurídica y fácticamente imposible más no porque hubiera incumplido una obligación.

9. Es más, se trae de presente a esta Corporación, que el criterio de la Corte Constitucional va mucho más allá y, considera que en los casos en los que se tenga que realizar pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones para completar la densidad necesaria para acceder a una pensión de vejez y cuyo pago no se hizo por no haber entrado en vigencia el extinto ICSS, al empleador le corresponde cancelar un 50% del cálculo actuarial de dichos aportes, un 25% al trabajador y un 25% a COLPENSIONES, representando al Estado, por haber sido este el causante del incumplimiento de dicha obligación. Así las cosas, es claro que la falta de aplicación de la norma acusada en el presente caso, junto con el precedente jurisprudencial, dio lugar a los yerros jurídicos en los que incurrió el Tribunal y que fueron demostrados en el presente cargo.

XI. CARGO CUARTO

Acusa la sentencia recurrida de violar por la senda de pleno derecho, en la modalidad de *«falta de aplicación»* los arts. 33 de la Ley 100 de 1993, 3 y 4 del Decreto 1887 de 1994 y 177 del CGP, aplicable por analogía al procedimiento laboral.

Lo presenta en los siguientes términos:

1. El segundo juez condenó a AVIANCA S.A. a realizar el pago del cálculo actuarial respecto los aportes a pensión del señor CARLOS JULIO LHOESTE CARRASQUILLA para el período comprendido entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969, sin embargo, no hizo mención ni estudió el valor del salario respecto del cual se debe hacer el mismo.

2. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte enseña que "(...) cuando no es posible determinar la asignación salarial del trabajador, es posible suplir los datos requeridos con el salario mínimo legal mensual vigente para la época, a fin de tasar las condenas a que haya lugar, atendiendo lo prescrito en el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo." (CSJ SL2876-2022).

3. Así, al no tenerse probado al interior del proceso los salarios que devengó el señor CARLOS JULIO LHOESTE CARRASQUILLA entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969 por parte de AVIANCA S.A., se debe tener como tal para efectos de hacer el cálculo actuarial de dichos aportes, el SMLMV para los años 1959, 1960. 1961, 1962, 1963, 1964, 1965, 1966, 1967, 1968 y 1969.

4. Por lo que, se le solicita a esta Corte que, en aplicación del principio de equidad y en caso de que el cargo primero de esta demanda no prospere, determine el salario conforme el cual debe de realizarse el cálculo actuarial para efectos de realizar los aportes entre el 10 de marzo de 1959 y el 2 de marzo de 1969 es el salario mínimo mensual para cada uno de estos años, por cuanto el juez se (sic) segunda instancia no aplicó correctamente las normas acusadas que, de haberlo hecho en conjunto con el precedente jurisprudencial, se hubiese indica que el IBC para el cálculo actuarial ordenado correspondía al SMLMV de la época.

XII. RÉPLICA

Colpensiones sostiene que la Corte en la sentencia CSJ SL, 16 jul. 2014, rad. 41745, previó que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones subsisten, aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia.

Y que, por tanto, aquellos periodos no cotizados por falta de cobertura son asumidos por los empleadores a través

de un título pensional, de tal forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones que se encuentran a cargo del ISS, hoy Colpensiones; en lo concerniente relaciona la sentencia CSJ SL1551-2021.

XIII. CONSIDERACIONES

De forma preliminar advierte la Sala que la *«falta de aplicación»* no es un submotivo de violación de la ley en casación, ya que, acorde con el precepto 87 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, son la infracción directa, la aplicación indebida o la interpretación errónea.

Igualmente imputan los ataques, la infracción de los arts. 61 del CPTSS y 177 del CGP, sin embargo, no denuncian como debían, la violación medio de ese precepto y tampoco explican, como era de su carga, de qué manera la violación de esa norma procesal, desató la trasgresión de las sustantivas que incorporan el derecho debatido (CSJ SL966-2024).

Empero, si en gracia a discusión se interpretara el querer del acudiente en casación (CSJ SL2860-2022) y se entendiera acorde con el desarrollo de los ataques, que la *«falta de aplicación»* en realidad corresponde a una aplicación indebida, las acusaciones no tienen asidero, por lo siguiente:

En los tres cargos alega la recurrente lo siguiente: *(i)* que si bien Avianca SA, de conformidad con la Ley 90 de 1946

tenía la obligación de hacer un aprovisionamiento para el pago de dichos aportes cuando el extinto ICSS entrara en vigencia, como el riesgo de vejez no se materializó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, aquel se trasladó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; *(ii)* que si se concluyera que la empleadora tiene la obligación de realizar el pago de tales aportes, este debe ser respecto del número de semanas restantes para que la persona pueda pensionarse, y no sobre la totalidad del tiempo reclamado.

Además, que, *(iii)* que en los casos en los que se tenga que realizar el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones para completar la densidad necesaria para acceder a una pensión de vejez, cuyo pago no se hizo por no haber entrado en vigencia el extinto ICSS, al empleador le corresponde cancelar un 50% del cálculo actuarial de dichos aportes, un 25% al trabajador y un 25% a Colpensiones, representando al Estado, por haber sido este el causante del incumplimiento de dicha obligación; y, *(iv)* que el *ad quem* pese a imponer la condena al pago del cálculo actuarial, no hizo mención ni estudió el valor del salario sobre el cual debía hacerse el mismo.

Frente al asunto debe señalarse, que se encuentra por fuera de discusión que Carlos Julio Lhoeste Carrasquilla prestó servicios a Avianca SA entre el 10 de marzo de 1959 y el 1° de octubre de 1970; y que dicha empresa lo afilió al ISS para los riesgos de IVM el 3 de marzo de 1969.

Sobre el particular, considera la Sala pertinente recordar que el pago de las pensiones de jubilación estaba en cabeza de los empleadores antes de la existencia del ISS. Por ello, cuando la Ley 90 de 1946 creó el seguro social obligatorio, reguló en sus artículos 72 y 76, que gradualmente el Instituto asumiría el riesgo de vejez en los lugares en donde iniciara su cobertura, de manera que aquellos estaban llamados a efectuar el aprovisionamiento según el tiempo que el trabajador hubiera laborado a su servicio y entregarlo a la entidad.

De esta manera, la carga pensional continuó bajo su responsabilidad, en los casos en que el ISS no hiciera presencia en la zona geográfica o en algunos sectores de la industria.

En el mismo sentido, la inscripción para los riesgos de invalidez, vejez y muerte se ordenó inicialmente en el Acuerdo 224 de 1966; y con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se dispuso la necesidad de afiliar a todos los trabajadores dependientes a la seguridad social.

De similar forma, el artículo 33 de esta última, contempló que para los asalariados que prestaron servicios y no fueron afiliados, para efectos del reconocimiento de la prestación, se tendría en cuenta el tiempo laborado y no cotizado, por lo tanto, el empleador debía asumir el título pensional pertinente.

En ese orden, contrario a lo expuesto por la recurrente, la decisión del tribunal fue correcta, toda vez que reiteradamente esta Corte ha señalado que en los casos en que el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, incluso porque no había sido llamado a inscripción, debía asumir el pago del cálculo actuarial correspondiente a esos lapsos (CSJ SL2879-2020).

De esta suerte, el pago del título tiene como objetivo cubrir los períodos no cotizados e integrar el capital necesario para financiar un crédito pensional acorde con el tiempo laborado, en perspectiva de que se perfeccione la subrogación de un riesgo que con anterioridad asumía este, garantizándose así el derecho fundamental a la seguridad social de quienes no pueden verse perjudicados.

Sobre el particular, en las providencias CSJ SL673-2021 y CSJ SL244-2023, se indicó lo siguiente:

> Sin embargo, a juicio de esta Corte el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no traduce, como lo afirma la empresa, en la total ausencia de responsabilidades ni obligaciones por los períodos efectivamente trabajados por el empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la exégesis del 1613 del Código Civil, porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.
>
> El artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer [...]; de forma que al contemplar esas situaciones, no

> puede entenderse que excluyó al empleador de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, relacionadas con las prestaciones del trabajador.
>
> En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación [...].
>
> Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, esta sólo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido [...].
> El patrono, por tanto, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía [...].

Así las cosas, el empleador debe reconocer esos tiempos de servicio con el valor correspondiente del cálculo actuarial, en los términos del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual se mantuvo igual luego de la reforma introducida por el 9 de la Ley 797 de 2003, toda vez que este conserva las cargas pensionales derivadas de los servicios prestados.

Tampoco puede pasarse por alto que la postura actual de esta corporación es que quien contrata tiene a su cargo la estructuración y pago del cálculo actuarial, derivado del tiempo en que no existió cobertura del ISS, y por la totalidad de su monto, toda vez que, durante el lapso fue el único responsable del riesgo pensional.

Por consiguiente, como lo concluyó el juez colegiado, los lapsos de no afiliación al sistema de pensiones, deben estar a cargo del empleador en su integridad, en vista que esta corporación en decisiones como la CSJ SL1616-2022, donde a su turno memoró las CSJ SL313-2022 y CSJ SL3867-2021 (que constituyen precedente obligatorio), asentó que en estos asuntos, en los cuales se condena al dador del empleo a trasladar el valor del cálculo actuarial, debe asumirlo en la totalidad de su monto, es decir, en un 100%, ya que no puede tratarse este como si correspondiera a un simple aporte al sistema de seguridad social, cuando en realidad tiene una naturaleza diferente y, por tanto merece un trato distinto.

De otra parte, en cuanto a que de realizarse el pago de tales aportes, debe ser en lo atinente al número de semanas restantes para que la persona pueda pensionarse, y no sobre la totalidad del tiempo reclamado, lo cierto es que al respecto ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala, que dicho instrumento en algunos casos tiene por objeto cubrir los períodos no cotizados, integrando el capital o número de semanas que se requiere para que el sistema reconozca y pague la pensión, pero también ha establecido que su pago incluso puede perseguirse para quienes ya disfrutan una pensión de vejez, ya que este debe ser tenido en cuenta para su posible reliquidación (CSJ SL1080-2023).

Finalmente, en lo referido a que, al imponerse la condena al pago del cálculo actuarial, no se hizo mención por parte del *ad quem*, ni se estudió el valor del salario sobre el cual debía hacerse, no se debe realizar pronunciamiento

alguno por parte de la Sala, precisamente por tratarse de un asunto que no fue abordado por el sentenciador.

Ello, por las posibilidades del recurso extraordinario, pues si no hubo manifestación sobre el tópico por parte del juez colegiado, menos puede deducirse la configuración de yerros jurídicos o fácticos (CSJ SL, 17 sep. 2008, rad. 33450; CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 38700; CSJ SL, 8 feb. 2011, rad. 35493; CSJ SL, 1° nov. 2011, rad. 36468; CSJ SL16497-2016; CSJ SL17803-2016; y CSJ SL5107-2020).

Por lo que los cargos resultan infructuosos.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la recurrente y a favor de la opositora. Como agencias en derecho se fija la suma de doce millones cuatrocientos mil pesos ($12.400.000), que deberá incluirse en la liquidación que practique el juez de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

XIV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020), en el proceso promovido por **CARLOS JULIO LHOESTE CARRASQUILLA** en contra

de **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO SA (AVIANCA SA)** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**.

Costas como se expresó en la parte motiva.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Firmado electrónicamente por:



ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA



ÓMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA



GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 13E7032CEEC36115B668AD6F301FB2E59240D7081127DC26C82673E156025B82
Documento generado en 2025-04-02