



CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente

SL3524-2018
Radicación n.º 77339
Acta 29

Reiteración de jurisprudencia

Bogotá, D. C., nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

En uso de la facultad prevista en el inciso 3.º del artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, decide la Corte el recurso de casación que interpuso **IBM DE COLOMBIA & CÍA SCA** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 14 de julio de 2015, en el proceso ordinario que **CARLOS ENRIQUE CARRASCO PINILLA** adelanta contra la

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES** y la recurrente.

I. ANTECEDENTES

Con la demanda inicial, solicitó el actor que se condene a las convocadas a juicio al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, el retroactivo pensional desde la fecha de su causación hasta que se produzca su pago, la indexación de las sumas adeudadas, los intereses moratorios, lo que resulte probado extra o ultra *petita* y las costas del proceso.

Como fundamento de esos pedimentos, expuso que nació el 28 de marzo de 1940 y, en consecuencia, es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dado que al 1.º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad; que laboró para IBM de Colombia & Cía SCA desde el 1.º de agosto de 1961 hasta el 31 de marzo de 1983; que el empleador lo afilió al sistema de seguridad social desde el 1.º de enero de 1967 hasta su retiro, data desde la que cotizó como «*dependiente*» hasta el 1.º de agosto de 2008; que trabajó para la citada sociedad por más de 20 años y, como quiera que no estuvo afiliado durante toda la vigencia de la relación laboral, aquella es solidariamente responsable del reconocimiento de la prestación solicitada a partir del 28 de noviembre de 2003; que cotizó 1.021,43 semanas al sistema general de pensiones; que agotó la reclamación administrativa que fue

resuelta de forma desfavorable, decisión contra la cual interpuso recurso de reposición que fue desestimado, y que tal negativa obedeció a que Colpensiones no computó los tiempos cotizados «*con el número de afiliación 902945763 y por otra parte, los tiempos cotizados con el Ministerio de Hacienda, y Ministerio de Interior y de Justicia*» (f.º 2 a 8 y 55 a 62).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la misma y aceptó los hechos referidos a la fecha de nacimiento del demandante y la respuesta negativa a la reclamación administrativa. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para demandar, inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios, imposibilidad de indexación, prescripción y la «*genérica*» (f.º 83 a 89).

Por su parte, IBM de Colombia & Cía SCA se opuso a la totalidad de pretensiones incoadas y de los presupuestos fácticos del escrito inicial aceptó únicamente lo relacionado con la afiliación del actor al sistema general de pensiones a partir del 1.º de enero de 1967 hasta el 31 de marzo de 1983, pues afirma que fue solo hasta dicha data que el ordenamiento jurídico obligó a los empleadores a realizar las afiliaciones de sus trabajadores por los riesgos de IVM y, en consecuencia, quedaron totalmente subrogados por el ISS. En su defensa, propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, prescripción, compensación y pago (f.º 117 a 139).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 27 de enero de 2015, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación propuestas por las accionadas y las absolvió de todas las pretensiones incoadas por el promotor del litigio, a quien le impuso costas (f.º 177 vto. CD. n.º 3).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al definir el recurso de apelación que interpuso el demandante, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el fallo recurrido en casación, revocó el impugnado y, en su lugar, resolvió (f.º 183 y 184 vto. Cd. n.º 4):

- A. *CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES a realizar el cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 1º de agosto de 1961 y el 31 de diciembre de 1966, durante el cual el demandante estuvo vinculado laboralmente con IBM de Colombia & CIA (sic) SCA.*
- B. *CONDENAR a la demandada IBM de Colombia & CIA (sic) SCA a reconocer y pagar el cálculo actuarial efectuado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES correspondiente al periodo comprendido entre el 1º de agosto de 1961 y el 31 de diciembre de 1966.*
- C. *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES previo el pago del cálculo actuarial por parte de la demandada IBM de Colombia & CIA (sic) SCA, a emitir un acto administrativo en el que realice un nuevo estudio de la solicitud de pensión del demandante, para lo cual se ordena tener en cuenta el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 1961 y el 31 de diciembre de 1966, cuando el trabajador laboró para la demandada IBM de Colombia & CIA (sic) SCA.*
- D. *CONDENAR a las demandadas a reconocer las COSTAS de la primera instancia. Sin COSTAS en esta instancia.*

Para ello, determinó que no fue materia de controversia que el accionante laboró para la demandada IBM de Colombia, desde el 1.º de agosto de 1961 hasta el 31 de marzo de 1983, pues ello consta en el acta de conciliación surtida el 10 de marzo de 1983, ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

En relación con el reconocimiento de los tiempos en los que los trabajadores estuvieron vinculados laboralmente, pero sus empleadores no tenían la obligación de cotizar al Instituto de Seguros Sociales, porque este no había iniciado su cobertura, trajo a colación la sentencia CSJ SL, 16 jul. 2014, rad. 41745, en la que esta Corporación adoctrinó que conforme los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, *«los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social»*.

Bajo tal lineamiento, sostuvo que si bien a partir del 1.º de enero de 1967, la demandada subrogó en el Instituto de Seguros Sociales las obligaciones pensionales respecto de sus trabajadores, lo cierto, es que ello no lo exoneró del deber de responder por los periodos en que el actor efectivamente laboró a su servicio, aunque la ley no le impusiera el deber de cotizar, pues de no haber subrogado el riesgo pensional en el ISS, el empleador se vería obligado a reconocer directamente la pensión a su subalterno.

Así, estimó que la demandada IBM de Colombia & Cía SCA estaba obligada a reconocer el cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 1.º de agosto de 1961 y el 31 de diciembre de 1966, teniendo en cuenta que a partir del 1.º de enero de 1967, vinculó al demandante a la entidad de seguridad social y efectuó las correspondientes cotizaciones.

Para tal efecto, ordenó a Colpensiones realizar el cálculo actuarial por el lapso señalado, para que la demandada IBM de Colombia & Cía SCA hiciera el pago respectivo y, una vez ello, la administradora de pensiones llevara a cabo un nuevo estudio de la solicitud pensional en el que se incluyera ese tiempo.

Finalmente, advirtió que con dicha decisión no se definía la solicitud de pensión del actor, pues la referida prestación era un asunto que *«ante la condena de nuevo tiempo de aportes, deberá estudiar Colpensiones*

nuevamente y podrá ser sujeto de controversia por vía administrativa y/o judicial en el futuro».

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Formuló el recurso extraordinario de casación la empresa IBM de Colombia & Cía SCA, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, confirme la del *a quo*.

Con tal propósito, formula un cargo por la causal primera de casación, que fue objeto de réplica por parte de Colpensiones y que la Sala procede a resolver.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa el fallo del Tribunal de violar por la vía directa, en la modalidad de infracción directa el «*artículo 62 del Acuerdo 224 de 1966, incorporado en la legislación nacional permanente mediante decreto (sic) 3041 del 19 de diciembre de 1966, en relación con los artículos 59, 60 y 61 del mismo Acuerdo 224 de 1966 y el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que tuvo como consecuencia la aplicación de normativa posterior a la promulgación de la ley (sic) 100 de*

1993 y su régimen de manera retroactiva desconociendo el principio cardinal del artículo 29 de la Constitución Política».

Para demostrar el cargo, afirma que el Tribunal invocó la sentencia CSJ SL, 16 jul. 2014, rad. 41745 para imponer una condena carente de fuente legal, pues la excepcional postura allí expuesta, se sustenta en que los tiempos de servicio no cubiertos fueron posteriores a la entrada en vigencia del sistema de pensiones creado a partir del 1.º de enero de 1967, esto es, cuando «*la obligación legal de cotizar ya existía*», situación que difiere del presente asunto en el que se impone una condena por periodos laborados anteriores al sistema de subrogación y cobertura administrado por el ISS; luego, el juzgador no debió aplicar la misma solución en desconocimiento del artículo 62 del Acuerdo 224 de 1966.

Sostiene que dicha normativa en sus artículos 59 a 61 contempla unas excepciones dentro de las cuales no encaja la situación del demandante, toda vez que para este aplica el mandato que prevé que los riesgos de IVM «*sustituyen de derecho las prestaciones patronales del Código Sustantivo del Trabajo en la materia, entre ellas, por supuesto y principalmente, la de la pensión de jubilación (artículo 260 del C.S.T.) que el fallo de segundo grado invoca como fuente del cálculo actuarial fulminado*».

Aduce que la obligación establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, no es de tracto sucesivo

como sí lo son las cotizaciones a la seguridad en cualquiera de sus regímenes sino que aquella es eventual, en tanto se materializa únicamente con la concurrencia de los requisitos en cabeza del trabajador, y mientras ello no ocurra, será una mera expectativa, la cual –afirma– no es fuente de derecho (Ley 153 de 1887), y que a ello obedece la creación de otras figuras pensionales como la restringida, que resuelve asuntos en los que el tiempo de servicios, era inferior al exigido para acceder a la plena de jubilación.

Alude a las reglas de transición contenidas en los artículos 59 a 61 del citado Acuerdo 224 de 1966 y refiere que *«no se puede decir, como ocurre en el caso de los trabajadores no afiliados por cobertura del ISS, que hay un vacío legislativo que el juez debe entrar a llenar vía jurisprudencia porque en este caso particular hay, como en todos los regímenes transicionales, una legislación específica que cobija todos los casos»*.

Reitera que el citado acuerdo dejó por fuera los tiempos de servicio inferiores a 10 años causados con anterioridad al 1.º de enero de 1967, como ocurre en el *sub lite*, *«pero en todo caso sujeto a esa afiliación y cotizaciones que garantice la protección del riesgo en cabeza de la entidad de previsión o seguridad social respectiva porque de lo contrario no opera la subrogación legal»*, lo cual, asevera, operó en este asunto, por tanto, la empleadora no puede ser condenada a asumir obligaciones debido a la omisión del

ISS en recaudar los aportes de otros empleadores a los que el actor prestó sus servicios.

Insiste que, en el *sub judice*, al optar por la subrogación total y efectuar las cotizaciones al ISS, la empleadora quedó relevada del deber de provisionar la contingencia destinada al pago de la pensión del trabajador, «*porque la está descargando mes a mes*», cumplimiento que, en su sentir, no puede un juez desconocer 50 años más tarde, al imponerle una obligación que no tenía a su cargo, con fundamento en principios constitucionales y una legislación inexistente para la época de la prestación del servicio.

Asevera que el *ad quem* se justificó en que hasta el día anterior a la afiliación del accionante al ISS, le era aplicable el artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo y ello significa que la demandada debía cubrir la pensión de aquel, situación que –afirma– solo sería viable si la subrogación no se hubiese dado, pues en tal caso la empleadora no cotizaría durante más de 16 años y, en su lugar, habría provisionado con ellas la pensión que le hubiere correspondido pagar directamente al demandante.

En ese contexto reafirma que la sentencia en que fundamentó su decisión el Tribunal no resultaba aplicable a este asunto, como sí lo son las CSJ SL, 8 nov. 1979, rad. 6508, CSJ SL, 3 dic. 1979, sin radicado y CSJ SL, 4 feb. 1987, rad. 0695.

VII. RÉPLICA

Resalta la entidad opositora que en la demanda de casación no se solicita la imposición de condena alguna contra Colpensiones. Añade que no le corresponde pronunciarse sobre si IBM de Colombia & Cía SCA es responsable o no de cancelar un título pensional por el tiempo laborado por el actor entre el 1.º de agosto de 1961 y el 31 de diciembre de 1966, puesto que es un asunto que debe ser dirimido por la jurisdicción ordinaria laboral.

Sostiene que Colpensiones única y exclusivamente está facultada para conceder prestaciones, siempre y cuando los afiliados cumplan con los requisitos exigidos por ley y, en tal medida, solamente podría otorgar la prestación pensional del demandante si logra los requerimientos de la normativa que le es aplicable.

VIII. CONSIDERACIONES

El reproche que le enrostra la censura al Tribunal y, por tanto, constituye el problema jurídico que debe desatar la Sala, consiste en establecer si pese a que la empresa demandada no estuvo obligada a afiliar al accionante al ISS antes del 1.º de enero de 1967 a los riesgos de IVM, debe asumir el costo del título pensional por ese lapso, en tanto subrogó el riesgo en aquella administradora de pensiones y, en consecuencia, si a esta última le corresponde computarlo a efectos del reconocimiento pensional que se reclama.

Así las cosas, y dada la vía escogida por la recurrente, se tiene que no es materia de discusión: (i) que el demandante laboró para la accionada IBM de Colombia & Cía SCA desde el 1.º de agosto de 1961 hasta el 31 de marzo de 1983; (ii) que la sociedad demandada afilió al actor para los riesgos de IVM el 1.º de enero de 1967; (iii) que el accionante nació el 28 de marzo de 1940 (f.º 9 y 10), y (iv) que el ISS mediante Resolución n.º 30664 de 19 de septiembre de 2012, le negó la pensión de vejez toda vez que a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 no reunía 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios (f.º 50 a 51).

Pues bien, la jurisprudencia de la Sala, de manera pacífica ha establecido algunas reglas para resolver las controversias derivadas de esa situación.

En efecto, ha indicado la Corporación que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, así no actúe de manera negligente, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a aquellos periodos, porque en esos momentos estaban bajo su responsabilidad.

Por tanto, aquel debe cubrir los aportes correspondientes a los tiempos laborados a través de la cancelación del título pensional, a entera satisfacción de la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el

demandante, para efectos de que dicho valor se compute con la convalidación de tiempos o con las cotizaciones realizadas al ISS y se garantice el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez (CSJ SL9586-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017 y CSJ SL10122-2017). Si bien las sentencias referidas corresponden a casos que no son iguales al del actor, en tanto el asunto que hoy se controvierte se trata de falta de afiliación por no ser obligatorio para el periodo pretendido, los argumentos expuestos en ellas resultan aplicables al *sub lite*.

En esa dirección, se ha dicho que el pago del cálculo actuarial a cargo del empleador se justifica porque sería inequitativo e injusto que por la falta de esos aportes se genere un perjuicio al trabajador y se afecte su expectativa pensional, máxime que se trata de un lapso en que la obligación estuvo a cargo de aquel y, además, porque ello no resquebraja la estabilidad financiera del sistema, toda vez que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social por las cotizaciones sufragadas.

En esa medida, no solo las omisiones de afiliación que dan lugar a la emisión del título pensional, son aquellas que aunque obligatorias, resultan imputables al empleador, por culpa o negligencia, pues la jurisprudencia de esta Corte ha evolucionado hasta encontrar una solución común a las hipótesis de omisión en la afiliación al sistema de pensiones, se itera, guiada por las disposiciones y principios

del sistema de seguridad social, que no se aleja diametralmente de la que sostiene frente a situaciones de mora en el pago de aportes, pues, en este caso, se mantiene la misma línea de principio según la cual las entidades de seguridad social siguen a cargo del reconocimiento de las prestaciones.

Por tanto, no se equivocó el Tribunal al concluir que aun cuando el empleador no tenía la obligación de afiliar a su trabajador al ISS, por cuanto tal deber se implementó gradualmente a partir del 1.º de enero de 1967 de acuerdo con el artículo 1.º de la Resolución n.º 831 de 1966 emanada del entonces Director General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, le correspondía asumir el valor del título pensional correspondiente al tiempo laborado por el actor, a efectos de que la administradora de pensiones lo tenga en cuenta al momento de definir el derecho pensional de aquel.

Ahora, en lo concerniente a que solo hasta el 1.º de enero de 1967 -fecha en la que el ISS asumió la cobertura de los riesgos de IVM-, la empresa accionada tuvo a su cargo el reconocimiento pensional, pues subrogó la obligación en dicha entidad, dado que para esa fecha el promotor del juicio había laborado menos de diez años con la sociedad demandada, es de señalar que los riesgos pensionales en cabeza del empleador solo cesan con la subrogación a la respectiva entidad de seguridad social, la que, como se recuerda para el caso del actor, solo tuvo

ocurrencia el 1.º de enero de 1967. No obstante, lo cierto es que el tiempo de servicios no cotizados por falta de cobertura del ISS, no puede ser desconocido, al punto que el empleador conserva una responsabilidad financiera respecto del trabajador, que se traduce en el pago de un título pensional. En la sentencia CSJ SL17300-2014, reiterada recientemente en la CSJ SL10122-2017, esta Sala explicó al respecto:

Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo (sic) puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.

Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta (sic) sólo (sic) cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que se período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea por que se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustre ese mismo derecho.

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

Así las cosas, fuerza concluir que el empleador debe reconocer esos tiempos de servicios con el valor correspondiente al título pensional, pues solo en ese evento puede liberarse de la carga que le correspondía, en razón de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

En definitiva, el Tribunal no incurrió en los desaciertos que enrostra la recurrente.

Las costas del recurso extraordinario, por virtud de que la acusación no salió avante y hubo réplica, serán a cargo de la parte demandada recurrente y a favor de la única opositora. Como agencias en derecho se fija la suma de siete millones quinientos mil pesos (\$7.500.000) m/cte., que se incluirán en la liquidación que se practique conforme lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 14 de julio de 2015, en el proceso ordinario que **CARLOS ENRIQUE CARRASCO PINILLA** adelanta contra **IBM DE COLOMBIA & CÍA SCA** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

FERNANDO CASTILLO CADENA

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN