

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Magistrado Ponente

SL8647-2015
Radicación n.º 59027
Acta 021

Bogotá, D.C., primero (1º) de julio de dos mil quince (2015).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por **ALBERTO ANTONIO GAVIRIA ORTEGA** contra la sentencia proferida el 17 de abril de 2012 por la Sala (Dual de Descongestión) Laboral del Tribunal Superior de Medellín, en el proceso que promovió contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**.

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Doce Laboral del Circuito de la ciudad de Medellín, el hoy recurrente persiguió que una vez se declarara que le ató con la **FEDERACIÓN NACIONAL DE**

CAFETEROS DE COLOMBIA una relación laboral entre el 22 de enero de 1973 y el 26 de julio de 1992, los demandados fueran condenados *«en forma conjunta, solidaria o separada»*, a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, junto con *«la consecuente sanción moratoria»*. En subsidio, que se condenara a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** *«a pagar y cotizar al ISS y/o al Fondo Privado de Pensiones que designe el actor y en forma retroactiva, todas las cotizaciones necesarias que en su momento oportuno dejó de efectuar»* para poder acceder a la pensión; o, en su defecto, a que ésta le pague la pensión plena o la restringida de jubilación *«por el retiro voluntario después de 15 años de trabajo»*.

Fundó las anteriores pretensiones, en lo que al recurso interesa, en que prestó sus servicios personales a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** por el término indicado, de manera que, *«ya debía tener sumadas a su favor 998 semanas de cotización al sistema de Pensiones por cuenta de la Federación»*, no obstante, la empresa únicamente le cotizó al ente de seguridad social cuando prestó sus servicios en la sede de Medellín, pero no en otras sedes como las de Guadalupe, Yolombó, Andes, Jericó, Fredonia, etc., para un total de cotización de apenas 471 semanas. Agregó que por cuenta de otros empleadores cotizó 46 semanas, las cuales, sumadas con el total que le debió cotizar la Federación, le darían 1034 semanas de cotización, más que suficientes para adquirir el derecho a la pensión de vejez por ser

beneficiario del régimen de transición, pues nació el 4 de junio de 1947.

La **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, aun cuando aceptó la prestación de servicios anunciada por el actor, se opuso a sus pretensiones aduciendo que cumplió estrictamente con su afiliación en los municipios donde la entidad de seguridad social también demandada tenía cobertura, pues en los lugares o momentos de su relación donde no la había no podía hacerlo. Adicionalmente afirmó, que el actor había perseguido de ella el pago de la pensión sanción en otro proceso pero el resultado había sido infructuoso. Propuso las excepciones de cosa juzgada, prescripción, pago e inexistencia de la obligación y causa para pedir.

El **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** no aceptó los hechos de la demanda y en su defensa planteó las excepciones de ausencia de causa, prescripción, buena fe, improcedencia de la indexación e imposibilidad de condena en costas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Fue pronunciada el 29 de octubre de 2010 por el Juzgado Segundo Adjunto del Trece Laboral del Circuito de Medellín al aceptarse la causal de impedimento manifestado por el anterior despacho de primer grado, y con ella declaró la existencia de la relación laboral aseverada por el actor en

el libelo inicial; condenó al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** a pagar al actor la pensión de vejez a partir del 4 de julio de 2007, junto con sus mesadas adicionales y reajustes legales anuales, para lo cual, dijo, la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** «deberá proporcionarle la información sobre los salarios devengados por ésta, durante todo el tiempo en que prestó sus servicios a la entidad»; condenó a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** a pagar al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** «el título pensional» que se liquide al actor «por el tiempo laborado entre el 22/enero/1973 y el 30/agosto/1975 y el 1/marzo/1977 al 30/junio/1985 (...) sin cotización al Seguro Social ni a ninguna caja o fondo privado de pensiones»; declaró no probadas las excepciones formuladas por los demandados; absolvió a éstos «de las demás súplicas de la demanda» e impuso el pago de las costas a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** en un 50%.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La alzada se surtió por apelación de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** y terminó con la sentencia atacada en casación, mediante la cual la Sala Dual de Descongestión de la Sala Laboral del Tribunal de Medellín revocó la decisión de su inferior, salvo en cuanto a la declaración de existencia de la relación laboral entre el actor y la apelante, que dejó vigente, para en su lugar,

absolver «a las demandadas de las pretensiones impetradas en su contra». Dispuso que las costas de primera instancia quedaran a cargo del demandante y respecto de las de la segunda indicó que no se habían causado.

Inicialmente, el Tribunal precisó que el problema a resolver en la alzada se contraía a establecer si «es jurídicamente procedente o no condenar a la Federación Nacional de Cafeteros a emitir título pensional a favor del actor por el tiempo laborado a su servicio en lugares donde aún no exista la obligación de cotizar al Sistema de Seguridad Social». Luego, advirtió la restricción de su competencia en atención a las reglas de sustentación de la apelación y de consonancia de la sentencia del Tribunal con las materias propuestas en la alzada. A renglón seguido dio por probada la relación laboral aducida en la demanda entre el demandante y la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** y que ésta aceptó «la ausencia de cotizaciones entre los períodos del 22 de enero de 1973 al 30 de agosto de 1975 y el 1 de marzo de 1977 y el 30 de junio de 1985 por haber laborado en los municipios de Guadalupe, Yolombó, Andes, Jericó y Fredonia cuya cobertura fue posterior».

Recordó que la cobertura de la afiliación forzosa al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** para la asunción de los riesgos del trabajo fue gradual a partir del Decreto 3041 de 1966 y apenas general a partir del 1° de abril de 1994 con la vigencia de la Ley 100 de 1993, para lo que aseveró que «los tiempos de servicio con aquellos empleadores del

sector privado que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, porque en la zona no había Seguro Social, solo se recuperaron a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en [el] literal c del párrafo 1° del artículo 33 de la norma en comento, y la cual se mantuvo en la ley 797 de 2003, en el único y exclusivo evento de que la vinculación laboral se encontrare vigente o se hubiere iniciado con posterioridad», subrayando la última frase y pasando a transcribir el citado texto normativo.

En ese orden, dedujo, entonces, que «los empleadores obligados a trasladar cálculo actuarial al Seguro Social, están determinados por la ley», y ello a condición de que «la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley», resaltando que conforme a la jurisprudencia que citó, «no existe omisión en los casos en que no se haya hecho la afiliación, por falta de asunción del ISS en la región pertinente, y que mucho menos puede responder por ello», apreciaciones que extrajo del hecho de que «el actor al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir, el 1° de abril de 1994, no estaba vinculado a la Federación Nacional de Cafeteros, ya que la misma feneció en el año de 1992, además no prestó sólo el servicio a este empleador durante un tiempo que diera derecho a exigir el título pensional», concluyendo igualmente que el demandante tampoco «cumple con el requisito de las 1000 semanas cotizadas, por ello no obliga jurídicamente al ISS al reconocimiento y pago de dicha pensión bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990 que fueron los

peticionados en el libelo introductor. Por lo expuesto impele a esta Colegiatura, REVOCAR la sentencia que se revisa por vía de apelación, para en su lugar absolver a los demandados de lo pretendido por el actor». En apoyo de sus asertos copió algunos apartes de las sentencias de la Corte de 22 de julio de 2009 (Radiación 36268) y 22 de noviembre de 2007 (Radicación 29571).

IV. EL RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

En la demanda con la cual lo sustenta, que fue replicada, el recurrente pide a la Corte que case la sentencia del Tribunal, *«en cuanto revocó la del a quo que concedió la pensión de vejez para que, una vez constituida la Corte en Tribunal de instancia, la confirme en ese aspecto».*

Con tal propósito le formula dos cargos, que con lo replicado, se resolverán de manera conjunta, por perseguir el mismo objeto, conducirse por la misma vía de violación de la ley y servirse de similares argumentos, con la diferencia pertinente a la modalidad de violación atribuida.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia por aplicar indebidamente los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984 y 66 y 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en armonía con los artículos 305 del Código de Procedimiento Civil, 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 29 y 31 de la Constitución Política, como violación medio, violación que condujo a la interpretación errónea del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 12 y 20 del Decreto 758 de 1990, aprobado por Acuerdo 049 del mismo año, 48 y 53 de la Carta Política y 19 y 21 del “C.S.L.”.

Para su demostración afirma el recurrente, en síntesis, que a pesar de que en el proceso fungieron como demandados dos partes; que respecto de cada uno de ellos se persiguieron particulares pretensiones por él como demandante; que cada quien asumió su propia postura en defensa de su intereses; que la sentencia del juzgado impuso distintas condenas a los demandados, y que únicamente apeló de la sentencia la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, resultó que el Tribunal, sin atención a las anteriores circunstancias, revocó la condena impuesta al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

Para el recurrente, *«el Tribunal no tenía competencia alguna para pronunciarse respecto de la condena al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo del ISS*

por impedírsele de manera expresa los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, 66 y 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social». Lo dicho, porque el juzgador de segundo grado está atado a los argumentos expuestos por quien apeló del fallo y debe obrar en consonancia con la impugnación, debiéndose entender que quien no apeló de aquél se conformó o lo aceptó, no siendo dable que el Tribunal vuelva sobre temas que no están en discusión.

Según el recurrente, el Tribunal aplicó indebidamente las normas sobre competencia y consonancia en el recurso de apelación, pues a pesar de señalar en el texto de la sentencia los puntos materia de la decisión, al resolverlo abordó otros que estaban fuera de su alcance y con ello absolvió de las pretensiones de la demanda inicial a la otra parte que no había apelado de la sentencia del juzgado.

VII. SEGUNDO CARGO

Acusa en este ataque las mismas disposiciones enunciadas en el anterior, pero aquí por interpretación errónea de las que sirvieron de violación medio a las sustanciales del trabajo y la seguridad social que en el primer cargo enlistó. Y su demostración, ya se dijo, se asimila a la de aquél, destacándose el objeto de los medios de impugnación, la competencia del Tribunal al resolver la alzada y la congruencia debida a la sentencia, para culminar en que el juez de la apelación *«no aplicó las normas sobre competencia y consonancia en materia laboral*

lo que impidió que se reconociera el derecho a la pensión de vejez del demandante según el Decreto 758 de 1990, norma aplicable en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993».

VIII. LA RÉPLICA

El Instituto opositor reprocha la redacción de los cargos y la actividad procedimental de la Sala, pero para lo que es pertinente a la esencia de los ataques del recurrente, sostiene que la calidad de litisconsortes necesarios que el actor les dio en la demanda inicial a los demandados los habilitó, según el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil, para que las actuaciones del uno favorecieran al otro, reflejan el desatino en argüir la infracción normativa de los artículos procedimentales que regulan la impugnación.

Además, que la firmeza de la condena del juzgado en su contra violaría la ley, pues en su parecer, el mero hecho de que la vinculación laboral del actor no se mantuviera al momento de la vigencia de la Ley 100 de 1993 --por ser indiscutible que se extendió apenas hasta el 26 de junio de 1992 con la demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, como lo advirtió el juez de la alzada--, imposibilitaba el reconocimiento del tiempo de servicios anterior, pues el empleador no estaría obligado a trasladar el cálculo actuarial al ente de seguridad social.

La **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** plantea su ajenidad a los propósitos del recurso

de casación, por no haber sido incluida expresamente su situación procesal en el recurso y tampoco haberse ocupado el recurrente de los argumentos expuestos por el juzgador para revocar las condenas que en la primera instancia fueron proferidas en su contra. Adiciona que su posición en el proceso fue la de *litis* consorte facultativo, de modo que su suerte no está atada a la del otro demandado.

De otro lado, expresa, que el Tribunal debía conocer el asunto en el grado jurisdiccional de consulta, dado que la Nación es garante del pago de las pensiones de la entidad de seguridad social y, que en últimas, su fallo coincide con lo expresado por la Corte en la sentencia de 10 de julio de 2012 (Radicación 39914).

IX. CONSIDERACIONES

El recurso de casación se circunscribe a establecer si el Tribunal podía proferir el fallo en la forma como lo hizo, esto es, revocando las condenas que el Juzgado impuso tanto a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** como al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y en consecuencia, absolviéndolos de las pretensiones de tal naturaleza que el actor en su demanda inicial impetró, no obstante que de la sentencia apenas apeló la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, es decir, que el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** guardó silencio frente a la misma. Para el recurrente, al proceder el juzgador de esa manera violó las normas que regulan el recurso de apelación y de consiguiente las particulares de la

pensión que ya había obtenido en la primera instancia del pleito, en tanto para el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, con ello, y merced al concepto del litisconsorcio necesario, se corrigió un desafuero del juzgado al imponerle el pago de una pensión ilegal; y para la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, el tema le resulta ajeno en la sede extraordinaria porque no fue objeto de la petición del recurrente su posición en la sentencia de segunda instancia, pero, al fondo, lo cierto es que el Tribunal debía abordarlo en grado de consulta y concluir como lo hizo, pues eso es lo que fluye de la jurisprudencia sobre su falta de responsabilidad en relación con el derecho reclamado por su trabajador en el proceso.

Pues bien, para empezar a resolverse los anteriores planteamientos debe partir la Corte de tenerse por indiscutido que el actor demandó a los aquí replicantes para que fueran condenados, *«en forma conjunta, solidaria o separada»*, a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, junto con *«la consecuente sanción moratoria»*. En subsidio, para que se condenara a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** *«a pagar y cotizar al ISS y/o al Fondo Privado de Pensiones que designe el actor y en forma retroactiva, todas las cotizaciones necesarias que en su momento oportuno dejó de efectuar»* para poder acceder a la pensión; o, en su defecto, para que ésta le pague la pensión plena o la restringida de jubilación *«por el retiro voluntario después de 15 años de trabajo»*. Ello, en voces del ente de seguridad demandado, constituye un litisconsorcio necesario; en tanto que para la empresa empleadora su

naturaleza es de litisconsorcio facultativo.

A ese respecto es del caso recordar que la figura del litisconsorcio necesario, prevista en el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil, y por supuesto, por ausencia de similar figura en los procesos del trabajo y de la seguridad social, aplicable a éstos por la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, hace relación a que *«cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos»*, lo que permite advertir que tal predicamento corresponde no a las afirmaciones del demandante en su escrito de demanda, sino, cosa distinta, a la naturaleza de la cuestión litigada en el proceso, de suerte que no porque el demandante plantee una particular postura de sus demandados frente a la pretensión del proceso, ellos adquieren *ipso facto* la calidad de litisconsortes necesarios, sino que es en atención a la cuestión que allí haya de definirse que se desprende o define esa peculiar calidad de *litis* consortes necesarios.

En otras palabras, el litisconsorcio debe tenerse por necesario cuando no fuere posible dictarse la sentencia si no es en presencia de todos quienes conforman la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso, pues de resultar excluido alguno o algunos de quienes debieran quedar afectos por ella, ésta no estaría llamada a lograr su

eficacia, con lo cual no adquirirá las características de inmutabilidad y definitividad propias a su firmeza, dado que frente a aquél o aquéllos no contará con oponibilidad alguna.

Para el caso de la pensión de vejez, que fue la cuestión u objeto pretensional definido en las instancias --no empecé haberse perseguido por el actor respecto de los demandados *«en forma conjunta, solidaria o separada»*--, no resulta dable considerar a quienes fungieron como tales como litisconsortes necesarios, por la sencilla razón de que esa clase de prestación sólo es posible ser reconocida y pagada por la entidad de seguridad social demandada. Lo señalado, con total independencia de que por fuerza de la normativa que regula el derecho sea de cargo del empleador del afiliado efectuar oportunamente los aportes pertinentes en tanto se mantenga el vínculo laboral que los ata.

En el proceso de marras, la condena al pago de la pensión de vejez que dispusiera el juzgado de primera instancia la soportó, única y exclusivamente, el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, en conformidad con *«lo establecido en el Decreto 758 de 1990»*, como allí expresamente se dijera por aquél, y de igual forma lo entendió el juez de segunda instancia, al considerar que la cobertura de la afiliación forzosa al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** para la asunción de los riesgos del trabajo fue gradual a partir del Decreto 3041 de 1966 y apenas general a partir del 1º de abril de 1994 con la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Por lo dicho, contrario a lo aducido por el Instituto replicante, y coincidente con lo aseverado por la empresa opositora, para la Corte el Tribunal no podía considerar como litisconsortes necesarios a quienes obraron en las instancias como demandados por el mero hecho de que en la demanda se les hubiera convocado a soportar la pretensión pensional de vejez, «*en forma conjunta, solidaria o separada*», pues dicha pensión de vejez únicamente podía y puede reconocerla y pagarla el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

Y tampoco podía asumir el juez de la alzada el estudio del asunto como si estuviera en frente del grado jurisdiccional de consulta, como infructuosamente lo alega la opositora **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, por ser lo cierto que este mecanismo de control de legalidad de los fallos de un juez por parte de su superior jerárquico funcional obra por ministerio de la ley, esto es, *ope legis*, cuando median ciertas circunstancias procesales.

En el caso de los procesos del trabajo y de la seguridad social, conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede la aludida consulta cuando: 1º) las sentencias de primera instancia fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador –o afiliado o beneficiario, según el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007--, si no fueren apeladas; y 2º) las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio. Además, el

citado artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 estableció que también serían objeto de consulta 3º) las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, caso en el cual se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.

No obstante, la menciona disposición apenas entró a regir de manera ‘*gradual*’, como todo la normativa que informó la Ley 1149 de 2004, y de manera definitiva para el Distrito Judicial de Medellín apenas el 1º de enero de 2012, conforme al artículo 1º del Acuerdo N° PSAA11-9006-2011 del 15 de diciembre de 2011 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en cumplimiento de lo dispuesto por la misma Ley 1149 de 2007 de 13 de julio de 2007 en su artículo 16, de modo que la demanda presentada el 17 de abril de 2008 y la sentencia de primera instancia del 29 de octubre de 2010 ninguna influencia recibieron a este respecto por la citada normativa, tal y como le entendió el juzgador de la alzada al asentar que su ámbito de competencia estaba restringido «*por los puntos que son objeto de apelación*», pues las reglas de sustentación del recurso de apelación y de consonancia de la sentencia del Tribunal hacían presumir que «*las partes quedaron conformes con el resto del contenido de la sentencia proferida por el A quo*».

Luego, ninguna razón asiste a la empresa replicante en que de todas maneras era válido el pronunciamiento del

Tribunal sobre la condena impuesta al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez al actor, por efecto del grado jurisdiccional de consulta, habida cuenta de que ni en la redacción original del artículo 69 procedimental del trabajo ya mencionado, ni en la que le dio la Ley 1149 de 2007, cabía considerar a dicha institución como una de las favorecidas por ese mecanismo procesal, como ahí sí atinadamente lo asumió el Tribunal.

Ahora, la ajenidad del alcance de la impugnación en el recurso extraordinario que enarbola la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** es aparente, por ser lo cierto que con independencia de que el pagador de la pensión de vejez sea el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, y por ello no resulte atendible que se le tuviere como litisconsorte necesario de la empresa empleadora como para que la apelación de aquélla le favoreciera para derruir la prestación no impugnada, la dicha prestación no se construye sino con los aportes que el empleador debió haber efectuado al ente de seguridad social durante la vigencia de la relación laboral, si es que estaba obligada a afiliarlo, o los que dejó de sufragar por precisamente no poder afiliarlo dada la falta de cobertura en el sitio de trabajo, como aquí ocurre; por ende, el que no se le haya mencionado expresamente en el alcance de la impugnación del recurso extraordinario no supone quedar liberada de su obligación legal y constitucional, con causa en la absolución dispuesta por el juzgador de la alzada al revocar la totalidad de las condenas impuestas por su inferior.

De modo que de lo que viene dicho, y por brillar al ojo que el juez de la alzada, sin justificación alguna, por cuanto ya había precisado el ámbito de su competencia al inició de sus consideraciones, procedió a revocar la condena al reconocimiento y pago de la pensión de vejez que había dispuesto su inferior, haciendo caso omiso de que quien la soportaba, el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, no apeló del fallo y según él mismo, tal comportamiento procesal permitía presumir que había quedado «conforme» con esa parte de la sentencia, impugnada únicamente por la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, se casará el fallo atacado, teniéndose por incólume única y exclusivamente la declaración de existencia de la relación subordinada de trabajo entre el demandante y aquélla, pues las demás disposiciones del primer grado fueron las cobijadas por la revocatoria producida en la sentencia así casada, que es lo que debe entenderse favorece los intereses del recurrente en casación.

X. CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

La alzada se surtió por apelación única de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, con el objeto de que se revocara la condena al pago del título pensional que dispuso el juzgado. La condena al pago de la pensión ya se dijo al resolverse el recurso extraordinario no fue materia de la alzada y no puede ser estudiada por no estar amparada por el mecanismo de la consulta de la sentencia.

Las razones en las que se sustenta la impugnación ordinaria se reducen, básicamente, a que el demandante ya había perseguido en proceso anterior el reconocimiento y pago de la pensión. Sin embargo, es claro que la pretensión en discusión en la apelación no es la de la pensión proporcional de jubilación, que es a la que se alude en el recurso vertical, sino, se repite, la del pago o traslado del título pensional por parte de la empresa empleadora al ente de seguridad social, igualmente demandado. Entonces, no se cumplen las exigencias de la cosa juzgada alegada. Y a que la empleadora no omitió la afiliación de su trabajador a la seguridad social durante el término de su relación laboral, pues donde prestó sus servicios no había cobertura por parte de aquél, lo que conduce a que se torne improcedente el pago o traslado de título pensional alguno, dado que para la vigencia de la Ley 100 de 1993 ya había terminado el vínculo laboral que los ató.

Los dos aspectos de la discusión ya han sido estudiados por la Corte en casos similares al presente, inclusive seguidos contra la misma empresa demandada por parte de quienes fueron sus servidores.

Frente a tales situaciones la Corte ha entendido que no por el hecho de haberse omitido la afiliación del trabajador a la seguridad social por falta de cobertura dentro de una determinada zona laboral, e incluso de no cumplirse tal circunstancia a la vigencia de la Ley 100 de 1993, resulte válido al empleador beneficiado con esa contingencia, sustraerse a realizar el aporte necesario y

correspondiente a los períodos así laborados para el establecimiento de la base económica de la pensión del trabajador cuando éste cumpla potencialmente las exigencias del ente de seguridad social para ese efecto. En tal sentido, y por demás abundante, en sentencia SL9856-2014 del 16 de jul. de 2014 rad. 41745, que aquí se reitera, asentó la Corte:

“Sobre la problemática que debe resolverse, la Sala de Casación Laboral ha oscilado entre considerar que el empleador es inmune a toda responsabilidad generada en el no pago de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS alcanzó una zona del territorio nacional, y otra tesis posterior, según la cual, así no se presente la hipótesis mencionada, el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, pagando el valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas. En sentencias de la CSJ SL, 24 jul. 2006, rad. 26078, 4 jun. 2008, rad. 28479, 29 jul. 2008 rad. 29180, y 1 jul. 2009, rad. 32942, entre otras, la Corte descartó toda posibilidad de éxito a pretensiones de similar contenido a las formuladas en el proceso que se revisa.

“Si se intentara una especie de retrospectiva jurisprudencial, se encontraría, por vía de ejemplo, que en la sentencia 8453 de 18 de abril de 1996, reiterada en las de 12 de diciembre, del mismo año, y 24 de febrero de 1998, radicaciones 9216 y 10339, en su orden, la postura de la Corte en aquella época, en lo que interesa para resolver este caso, partió de la literalidad del texto de la Ley 90 de 1946, y los Acuerdos 189 de 1965, aprobado por el Decreto 1824 de igual año, el artículo 64 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de la misma anualidad, artículo 4° del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 del mismo año, e inclusive del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual anualidad. Expuso la Sala de aquella época:

“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 iniciar 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.

“Lo anterior permite colegir que la afiliación al ISS de un trabajador que labora en un lugar en el cual la entidad de previsión social no ha extendido su cobertura resulta indebida, porque de un lado el empleador no tiene la obligación legal de hacerlo y de otro, porque el Instituto no ha asumido el cubrimiento de las contingencias correspondientes. Tan es así que el Reglamento General de Sanciones, Cobranzas y Procedimientos del Instituto de Seguros Sociales, adoptado por el Decreto 2665 de 1989 estableció en el artículo 20, literal c) como una de las causales de cancelación parcial o total de la afiliación de un trabajador el que no se encuentre comprendido entre los grupos de población o en la zona geográfica llamada a inscripción, lo cual, si bien es aplicable desde la expedición del decreto, brinda un valioso elemento de juicio frente al caso bajo estudio para cuya definición debe procurarse la aplicación de las normas en forma que produzcan el efecto de brindar el cubrimiento del riesgo correspondiente, en este caso el de vejez, pues no se estima viable una aplicación en sentido que conduzca a que el afectado por el riesgo termine a la postre careciendo de pensión».

“Era otra la situación por la que atravesaba el caótico e incipiente esquema de seguridad social en aquél momento histórico, sin dificultades financieras, ni pretensiones de cobertura universal, de ahí que es perfectamente entendible que, incluso, se asumiera, con apego a la letra de la norma, que la afiliación al sistema de un trabajador en una zona geográfica donde el Instituto no hubiera extendido su cubrimiento, generaba invalidez de la misma.

“También consideró que la obligación patronal de afiliar al trabajador al régimen pensional, nació desde el momento en que el ISS asumía el riesgo de vejez en el municipio en el que el asalariado prestaba el servicio, por manera que antes no podía hablarse de incumplimiento del deber de afiliación. Así, verbigracia, en sentencia de 24 de julio de 2006, radicación 26078, se asentó:

“«Esta sustitución del régimen prestacional, no se produjo de manera uniforme y total, en el tiempo y en el espacio, pues se fue implementando paulatinamente, por zonas geográficas determinadas. En efecto, una vez adoptado el reglamento respectivo de un riesgo, correspondía al Instituto expedir la regulación de inscripciones, aportes y recaudos, atendiendo estudios actuariales, para que después, con el lleno de las formalidades reglamentarias se determinara mediante resolución, la fecha en que debían iniciarse las inscripciones para ese riesgo y el campo de cobertura o zona geográfica

comprendida por el nuevo servicio de seguridad social. En ese momento nacía la obligación para el empleador de afiliar a su trabajador, con la advertencia que la afiliación debía darse de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos del Instituto. Así mismo, en tal oportunidad, surgía la obligación conjunta de los sujetos del contrato de trabajo de pagar los respectivos aportes o cotizaciones.

“Bajo este entendimiento, para definir en un proceso laboral, si hubo o no sustitución prestacional, el régimen aplicable al trabajador, y el grado de responsabilidad del empleador, hay que establecer, en qué momento y para qué riesgos llamó el ISS a inscripciones, en la zona geográfica en la que se ejecutó el contrato de trabajo».

“Entre otras varias, en providencias de 4 de junio de 2008 (28479), 29 de julio de 2008 (29180), y 1° de julio de 2009 (32942), por mayoría de sus integrantes, la Sala reiteró que no era responsabilidad de los empleadores por la no afiliación de sus trabajadores durante la época en que el Instituto de Seguros Sociales no había asumido la cobertura de los riesgos de IVM, en los municipios en los que dichos servidores prestaban su servicio.

“Sin embargo, en decisión mayoritaria 32922, de 22 de julio de 2009, la Corte estimó que ante iguales supuestos fácticos, era viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en lugares de la geografía nacional, que no por incumplimiento empresarial, fueran «habilitados» a través de títulos pensionales a cargo del empleador, a efectos de que el dador del servicio completara la densidad de cotizaciones exigida por la Ley. Así discurrió la Sala en esa ocasión:

“No existe controversia sobre un aspecto fáctico central y es el de que el trabajador fallecido causante de la pensión de sobrevivientes laboró al servicio de la demandada desde 1977 hasta el año 2000, para cuando falleció sin cumplir la edad mínima de la pensión de vejez, habiendo sido afiliado al ISS en el año de 1991, justo para cuando este Instituto convocó a la afiliación en el municipio de San Alberto (César), comprensión municipal donde se desarrollaba el contrato de trabajo.

“La determinación del alcance de las obligaciones de los empleadores de contribuir a la financiación de las prestaciones del Sistema General de Pensiones, guarda estricta correspondencia con la vocación de protección universal e integral de este sistema, tal como se consagra en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

“Ciertamente, el legislador concibió el Sistema General de Pensiones para comprender la protección de vejez de quienes, esa es la regla general, causaran la pensión durante su vigencia, debiendo para el efecto adoptar las previsiones respecto a empleadores y trabajadores cuando estos venían madurando sus derechos bajo los regímenes anteriores.

“El artículo 5 del Decreto 813 de 1994, adopta para el efecto las siguientes previsiones, respecto a los empleadores del sector privado que “tiene a su cargo el reconocimiento y pago de

pensiones”: en sus literales b) y c) deja por fuera del Sistema General de Pensiones a quienes hubieren cumplido los requisitos para acceder al derecho de la pensión de jubilación, y a quienes hubieren prestado servicios por más de 20 años, y cumplido 50 años para la mujer, y 55 para el hombre.

“Y el literal a) se ocupa de los demás, de los que quedan comprendidos en la transición, aquellos trabajadores que tienen opción de pensión de jubilación de empresa, respecto a lo cual les otorga una doble garantía, con las correlativas obligaciones de los empleadores: el derecho al reconocimiento de la pensión de empresa para disfrutar anticipadamente a la de vejez –cuando sea el caso-, o en el mayor valor si lo hubiere después de reconocida ésta, tal como acontecía en el régimen de seguros sociales obligatorios; y diferenciándose de éste, fortaleciendo los mecanismos de protección de la vejez del trabajador, el patrono debe no sólo cotizar por el tiempo que hiciere falta para reconocer la pensión de vejez, sino también, y aquí es lo novedoso, el deber del empleador de habilitar todo el tiempo en que el trabajador le hubiere prestado servicios mediante el traslado del cálculo actuarial correspondiente.

“Los trabajadores respecto a los que los empleadores tienen el deber de constituir títulos pensionales para habilitar el tiempo servido por el que no se efectuaron cotizaciones son aquellos cuya “vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley” como reza el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

“Y los empleadores a quienes la ley les atribuye tal obligación son aquellos que tienen o tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, como lo señala La ley 100 de 1993 en sus artículos 33, literal c), y 60 literal h), y los decretos reglamentarios, artículo 5 del Decreto 813 de 1994, el artículo 1 del Decreto 1887 de 1994.

“El entendimiento de la expresión los “empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión” debe guardar consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados, con la exclusión de los de regímenes expresamente exceptuados; de esta manera, el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional.

“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.

“La expresión adverbial que introduce el literal h) del artículo 60, de “empresas que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores” 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.

“La condición de empleador que tiene o ha tenido a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones de sus trabajadores, para que se cumpla, basta que lo sea con uno de ellos, con el que reclama la habilitación del tiempo en la seguridad social, por el que no se hizo aporte mientras el vínculo laboral estuvo vigente.

El lapso de anterioridad al que remite la Ley 100 de 1993, para determinar si el empleador es de aquellos que reconoce y paga pensiones, no se limita al inmediatamente anterior a la de la vigencia de la nueva normatividad; una similar remisión es la que hace el régimen de transición del artículo 36 ibidem, y respecto a la cual es oportuno rememorar lo que enseñó la Sala, y que tiene aplicación en el sub lite, en sentencia del 20 de febrero de 2007, radicación 29120, cuando dijo:

«El régimen al cual se encuentre afiliado se ha de entender cualificadamente, esto es, en el sentido de valer aquel que tenga la virtualidad de habilitarlo para acreditar requisitos para el régimen oficial bajo el cual se encuentre».

“De igual manera el periodo que se ha de tomar, respecto al cual el empleador tenía a su cargo el pago y reconocimientos de pensiones, es todo aquel por el que el trabajador prestó sus servicios al empleador sin que se efectuaran las cotizaciones a una entidad de seguridad social, el mismo que el trabajador tiene derecho se le habilite en el Sistema General de Pensiones, mediante la contribución a pensiones correspondiente.

“Así, entonces, no se puede predicar yerro del tribunal, si considera a la entidad demandada, como un empleador que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión del actor.

“Tampoco incurren en infracción del artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990, que no ha de tener aplicación para regular la subrogación de una pensión causada en vigencia del Sistema General de Pensiones.

“Y, si se reclama que se trata de definir el estado jurídico de las relaciones del empleador y del trabajador en materia pensional para antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, no bastaba la afiliación prevista en el artículo 41 en comento, para entender subrogado el empleador de las obligaciones, si para cuando se hizo la inscripción, aún en el momento en el momento en que se inició el deber de afiliar, el trabajador contaba con más de catorce años de servicio al empleador».

“En esa misma línea, en fallo 35692 de 24 de enero de 2012, la Sala dirimió un litigio con contornos similares al presente en los siguientes términos:

“Es un aspecto fáctico no controvertido en el proceso que, al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993, el demandante no se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales, dado que sus servicios los venía prestando en lugares donde esta entidad no tenía cobertura, de manera que su particular situación se enmarca dentro de las previsiones del artículo 1 del Decreto 1887 de 1994, pues al entrar en vigencia el referido sistema, el trabajador fue afiliado al régimen de prima media con prestación definida y su contrato se encontraba vigente al 23 de diciembre de 1993, luego, correspondía a su empleador trasladar al Seguro Social la reserva actuarial o cálculo actuarial; lo que guarda consonancia con la decisión de segundo grado que confirmó la sentencia del juez del conocimiento, pues está fundada precisamente en la norma antes indicada.

“El traslado del cálculo actuarial referido tiene por objeto que el tiempo de servicios prestado, con anterioridad a que entrara a regir la Ley 100 de 1993, sea computado dentro de las semanas exigidas para la causación de la pensión de vejez, de acuerdo con lo previsto en el numeral 2 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, tanto antes como después de que fuera subrogado este precepto por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; luego, en la medida que sea suficiente, contribuirá para que se consolide a favor del afiliado la pensión requerida, lo que encarna una garantía aún mayor a la que traía el régimen pensional implantado en el país con la Ley 90 de 1946, y mediante el cual se previó que la seguridad social subrogaría el régimen de prestaciones a cargo de los empleadores, de manera progresiva y gradual, de conformidad con los reglamentos que expidiese el Instituto.

“Fue así sí como el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año, consagró en sus artículos 60 y 61 un régimen de transición, para gobernar la situación de las personas que venían trabajando antes de que el Seguro Social fuera asumiendo la cobertura del riesgo de vejez en determinadas regiones, pero del que sólo se beneficiaban quienes tuvieran para ese momento una relación laboral de 10 o más años de servicios para un empleador, en el que no se contabilizaba ese tiempo para el reconocimiento de la pensión de vejez sino que el empleador estaba obligado a reconocer la pensión correspondiente, cuando se daban los presupuestos de

las normas anteriores que las regulaban, con la obligación de seguir cotizando por cuenta del trabajador hasta que éste reuniera las exigencias para que el Seguro reconociera la pensión de vejez. Previsiones que, en el mismo sentido se contemplaron en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que estuvo vigente hasta el momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993.

“En tanto que en el nuevo sistema general de pensiones, de la Ley 100 de 1993, el tiempo de servicios que llevaba un trabajador para un empleador del sector privado que tenía a cargo la pensión de jubilación, por falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales en determinado lugar geográfico del país, con contrato de trabajo vigente al 23 de diciembre de 1993, suma a través del traslado de la reserva o cálculo actuarial para que el trabajador reúna, en el régimen de prima media, el mínimo de semanas requerido para adquirir el derecho a la pensión de vejez, pero con la ventaja de que también se adiciona el tiempo de servicios como servidores públicos, las semanas cotizadas a cajas de previsión del sector privado, el tiempo de servicios como trabajadores vinculados a empleadores que no cumplieron la obligación de afiliar al trabajador y el número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones. Resulta claro entonces que la modalidad del traslado de la reserva o cálculo actuarial es más beneficiosa para los trabajadores que el régimen de transición que operaba, antes, en los acuerdos del Instituto de Seguros Sociales, en la medida que facilita al trabajador que complete las semanas exigidas para consolidar el derecho pensional, con la garantía de que la prestación estará a cargo de una entidad de la seguridad social».

“Poco tiempo después, en la sentencia de 10 de julio de 2012, radicación 39914, la Sala revaluó la tesis y discurrió así:

“Ahora bien, en lo que respecta a la segunda acusación, es equivocada la inferencia del Tribunal en el sentido que no era eximente de la obligación de realizar los aportes por parte del empleador, el hecho de que en el lugar donde se prestó el servicio no hubiera cobertura del ISS, pues, sencillamente, si esta entidad aún no había asumido el riesgo de vejez, no había obligación del empleador de afiliar a su trabajador y, por ende, de realizar las cotizaciones que echó de menos el sentenciador.

“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».

“Planteado así el estado de la jurisprudencia de la Sala, en virtud de la nueva composición, se considera necesario fijar el criterio de la mayoría de sus integrantes, como enseguida se anota.

“No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

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

“Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «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 al 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 dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la

legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

“En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

“La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, reconoce que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura; justamente en ella se lee que «la filosofía misma del sistema de Seguridad Social demuestra diáfananamente que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.

“Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que “mientras se organiza el Seguro Social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros”».

“De esa reseña jurisprudencial debe resaltarse que el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, lejos de existir progreso en las condiciones laborales que permitiría que quede desprovisto de una atención plena e integral, que se debe por el trabajo desarrollado.

“Por demás, el marco histórico constitucional da cuenta que desde la Carta Política de 1886 se previó la protección de los trabajadores, inclusive en estados de conmoción interior, impidiendo la afectación y el desmejoramiento de sus derechos aspecto que debe ponderarse para la interpretación del querer del legislador.

“Estima esta Corte 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, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

“Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

“Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

“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.

“Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

“Vale destacar la intelección anclada en la lectura de 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, en cuanto, si bien, 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. Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su

situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del párrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primer grado, pues a la materia estudiada fue que se restringió la alzada.

Sin costas en el recurso y las de la segunda instancia a cargo de la apelante vencida. El Tribunal las tasará.

XI. 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 **CASA** la sentencia proferida el 17 de abril de 2012 por la Sala (Dual de Descongestión) Laboral del Tribunal Superior de Medellín, dentro del proceso promovido por **ALBERTO ANTONIO GAVIRIA ORTEGA** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, en cuanto revocó los

numerales 2° a 6° de la sentencia dictada, a su vez, por el Juzgado Segundo Laboral (Adjunto) al Trece Laboral del Circuito de Medellín el 29 de octubre de 2010. **NO LA CASA EN LO DEMÁS**. En sede de instancia, **CONFIRMA** la mencionada sentencia de primera instancia.

Costas, como se dijo en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS