

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

**LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Magistrado Ponente**

**SL16715-2014
Radicación n° 52395
Acta 040**

Bogotá, D.C., cinco (05) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por **LEÓN GUILLERMO MUÑOZ BUITRAGO**, contra la sentencia proferida el 11 de mayo de 2011 por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso que el recurrente promovió en contra del **BANCO DE BOGOTÁ S.A.**

I. ANTECEDENTES

El actor demandó para que se condenara al Banco a

reconocerle y pagarle la pensión de vejez en cuantía de \$1.598.760, más los reajustes anuales, a partir del 1 de marzo de 2009, en los términos en los que el ISS la hubiera reconocido de no haber actuado el demandado con omisión en la afiliación; las mesadas adicionales de junio y diciembre; el retroactivo; los intereses de mora; la cancelación al ISS del valor del título pensional para convalidar el tiempo de omisión en la afiliación del actor; los aportes necesarios para que el Seguro Social asuma la pensión de vejez, y que se le ordenara al Banco seguir pagando la diferencia pensional a partir de cuando el ISS asuma la pensión de vejez, en caso de haberla, más la indexación de las condenas.

Como fundamentos fácticos de las pretensiones expuso que prestó servicios ininterrumpidamente para el Banco del Comercio entre el 29 de abril de 1974 y el 17 de enero de 1985, en las ciudades de Bogotá, Barranquilla y San Andrés; que a partir de 1992 el Banco de Bogotá S.A. absorbió al Banco del Comercio, como resultado de la fusión que hubo entre los mismos; que desde su ingreso era sujeto de afiliación obligatoria al ISS; que el Banco no le cotizó durante los siguientes períodos: 1 de agosto al 29 de septiembre de 1975, 9 de enero de 1978 al 31 de marzo de 1980, y entre el 1 de julio de 1983 al 13 de febrero de 1984, tal y como se refleja en su historia laboral; que es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues nació el 15 de mayo de 1947; que el ISS negó el reconocimiento de la pensión de vejez por considerar que

solo tenía 805 semanas cotizadas de las 1000 requeridas; que al contabilizar el tiempo total trabajado y cotizado al ISS, como dependiente e independiente, más el que debió cotizar el Banco del Comercio durante el tiempo de la omisión, se acumula un total de 1029, que originan el derecho a la pensión de vejez; que los períodos dejados de cotizar por el Banco equivalen a 1089 días, es decir, 155 semanas, que sumadas a las 874 que figuran en la historia laboral, resultan 1029 semanas que le permiten obtener el derecho a la pensión de vejez; que por la omisión de las mencionadas cotizaciones, el Banco tiene la obligación de reconocerle la pensión de vejez en los mismos términos en el que lo hubiera hecho el ISS, y que hizo esta solicitud al Banco de Bogotá o en su defecto que cancelara al ISS el valor del título pensional y los aportes por el tiempo necesario para que dicha entidad continuara con la pensión de vejez a su cargo, sin que la misma tuviera acogida favorable por la parte demandada.

Por haberse declarado probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones, quedaron por fuera del litigio las pretensiones relacionadas con la obligación del banco demandado de cancelar el título pensional para convalidar el tiempo de omisión en la afiliación del actor, así como los aportes necesarios para que el ISS asumiera la pensión de vejez, y que se condenara al Banco a seguir pagando la diferencia pensional a partir de cuándo el ISS se subrogara en la obligación pensional, en caso de haberla

El demandado se opuso a todas las pretensiones por haber cumplido con todas las obligaciones emanadas de la Seguridad Social. En cuanto a los hechos aceptó que el actor se vinculó al Banco del Comercio mediante contrato de trabajo a término indefinido; que el Banco de Bogotá absorbió al del Comercio; que fue afiliado al ISS; que en varias ocasiones fue encargado de la Dirección de la Oficina Calle 100 del Banco en Bogotá; que le hizo la reclamación de la pensión o del pago del título pensional al ISS, y la respuesta negativa a la misma. Propuso las excepciones de pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y de causa de las pretensiones del demandante y ausencia de obligación en la demandada, prescripción e inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Fue proferida el 26 de enero de 2011, y con ella el Juzgado absolvió al demandado de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La alzada se surtió por apelación de la parte demandante y terminó con la sentencia atacada en casación, mediante la cual el Tribunal confirmó la de primer grado.

Para lo que al recurso de casación incumbe, basta anotar que el ad quem prohió la conclusión del Juzgado en punto a que los extremos del contrato de trabajo lo fueron entre el 29 de abril de 1974 y el 17 de enero de 1985; que fue afiliado por su empleador al ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte durante los siguientes períodos: del 29 de abril de 1974 al 31 de julio de 1975, del 30 de septiembre de 1975 al 9 de enero de 1978, del 1 de abril de 1980 al 30 de noviembre de 1981, del 1 de diciembre de 1981 al 1 de julio de 1983, y del 14 de febrero de 1984 al 28 de febrero de 1985.

También advirtió que no había discusión en cuanto que el Banco demandado no afilió al trabajador al ISS durante los siguientes tiempos: del 1 de agosto al 29 de septiembre de 1975, del 10 de enero de 1978 al 31 de marzo de 1980, y del 1 de julio de 1983 al 13 de febrero de 1984.

Aseveró que el problema jurídico a resolver era dilucidar si la omisión en la afiliación durante dichos períodos, le permiten al actor obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación por cuenta del Banco, en los términos y condiciones que el ISS le hubiera reconocido la prestación de haberse efectuado las cotizaciones, conforme al Acuerdo 224 de 1966, o si por el contrario, como lo concluyó el A quo, antes de la expedición del Decreto 2665 de 1988, frente a la referida omisión, *«el trabajador solo estaba legitimado para reclamar la pensión de vejez*

directamente al empleador, sólo si cumplía con los requisitos legales para pensionarse durante la vigencia de la relación, o en su defecto, la indemnización de perjuicios».

Que de conformidad con el Acuerdo 224 de 1966, el ISS debía asumir de una manera progresiva la pensión de jubilación a cargo de los empleadores, y fue lo que ocurrió el 29 de abril de 1974, cuando el Banco inscribió al demandante a ese Instituto, tal y como se desprende de los hechos de la demanda y de la historia laboral del actor anexada al plenario, razón por la cual operó plenamente la subrogación del riesgo aludido.

Sin embargo, agregó, que para la época en que se inició la relación laboral del demandante, estaba vigente el régimen pensional patronal directo previsto en el artículo 260 del CST, según el cual, los riesgos de invalidez, vejez y muerte eran asumidos directamente por el empleador, siempre que se cumplieran los requisitos legales, es decir, 20 años de servicios para el mismo empleador y 55 años de edad en el caso de los hombres, lo que quiere decir que para ese momento coexistían dos regímenes pensionales simultáneos para los trabajadores particulares, el del ISS y el previsto en el artículo 260 ibídem.

Con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas de los trabajadores obligados a ingresar al ISS, dijo, el referido Acuerdo 224 en sus artículos 60 y 61, garantizó que quienes llevasen 10 o más años de servicio al mismo

empleador a la fecha de iniciarse la cobertura, tendrían derecho a exigirle la pensión de jubilación, condición que en el presente caso no se cumple porque la afiliación del actor al ISS se produjo en la fecha de ingreso, es decir, el 29 de abril de 1974.

Además, manifestó lo que sigue:

*(...) de haber contado con los 10 años de servicio exigidos por la norma, así como los presupuestos del artículo 260 del C.S.T., **dejando causado su derecho pensional** de jubilación a cargo de su empleador, lo que le correspondía a este último era la obligación de continuar cotizando hasta cumplir los requisitos mínimos exigidos por el I.S.S. para otorgar la pensión de vejez, quien a partir de entonces cubriría dicha prestación, quedando a cargo del empleador sólo el mayor valor, si lo hubiere entre la pensión reconocida por el I.S.S. y la que éste venía pagando. (Resaltado de su texto original).*

Como respaldo de su dicho, trajo apartes de la sentencia de esta Sala del 8 de noviembre de 1976, radicación 6508, para concluir que en el caso de autos operó una verdadera subrogación del riesgo, lo que significa que dejó de estar a cargo del empleador el reconocimiento de la pensión de jubilación, tal y como lo estimó esta Corte en la sentencia del 20 de agosto de 2008 (no mencionó radicación), en donde la parte demandada era el mismo banco.

Y finalmente afirmó que *«acertó la Juez a quo, en sus motivaciones, al establecer que conforme a la normatividad aplicable para el caso en concreto y por no cumplir el demandante con los requisitos legales para pensionarse durante su la vigencia de la relación laboral, no le asistía el derecho a acceder a la prestación reclamada respecto de su antiguo empleador»*.

IV. EL RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

En la demanda con la que lo sustenta, que fue replicada, el recurrente pretende que la Corte case la sentencia impugnada, y en sede de instancia revoque la del juzgado, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Con ese propósito y por la causal primera de casación formuló dos cargos, los cuales se resolverán en el orden propuesto.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia de violar directamente y en el concepto de aplicación indebida los artículos 259-2 y 260 del CST; 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966, y por infracción directa de los artículos 1, 12, 41 y 46 del Acuerdo 049 de 1990, 70 del Acuerdo 044 de 1989, 62 del Decreto 3041 de 1966, y 193 del CST, en relación con los artículos 15, 17, 22 y 36 de la Ley 100 de 1993, 3 y 4 de la Ley 797 de 2003, 25 del Acuerdo 049 de 1990, 1 y 11 del Decreto 3041 de 1966, 76 de la Ley 90 de 1946 y, 6 y 19 del Decreto 2665 de 1988.

Para su demostración, expuso que en atención a la vía directa escogida para el cargo, no tenía reparos en los siguientes supuestos fácticos a los que arribó el Tribunal: Que el actor laboró al servicio de la demandada, ininterrumpidamente, entre el 29 de abril de 1974 y el 17 de enero de 1985, desempeñando sus labores en las ciudades de Bogotá, Barranquilla y San Andrés (Islas); que durante la vinculación del actor al Banco, éste no cumplió con la obligación de afiliación al ISS durante los siguientes periodos: Del 1 de agosto al 29 de septiembre de 1975; del 9 de enero de 1978 al 31 de marzo de 1980, y del 1 de julio de 1983 al 13 de febrero de 1984; que su representado nació el día 15 de mayo de 1947, por tanto a 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, quedando amparado por el régimen de transición; que el 24 de octubre de 2008 solicitó pensión de vejez al ISS y éste mediante Resolución 056499 del 27 de noviembre de 2008 la negó argumentando que el señor MUÑOZ BUITRAGO no acreditaba el número

de semanas mínimas exigidas ya que sólo demostraba tener cotizadas un total de 805; que al sumar el tiempo omitido que debió cotizar el Banco y el cotizado hasta el mes de febrero de 2009 como independiente, resultan 1.029 semanas que permiten obtener derecho a la pensión de vejez, y que en las ciudades en donde prestó servicios al Banco el ISS tenía cobertura.

Asevera que la aplicación indebida de las normas acusadas consistió en que el Tribunal dio un alcance equivocado a los artículos 259-2 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto entendió erróneamente que en el caso de autos estaban dadas las condiciones para afirmar que el ISS había asumido la pensión de jubilación a cargo del empleador Banco de Bogotá, lo cual ocurriría en la medida en que los presupuestos establecidos en los reglamentos del ISS estuvieran satisfechos.

Que fue lo que precisamente no ocurrió, pues tal y como lo admitió el Tribunal, el empleador omitió la afiliación del actor durante 155 semanas, las cuales sumadas a las que sí están en el haber del accionante -874- habría sumado más de 1000, suficientes para acceder a la pensión de vejez en los términos exigidos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Agregó que en la aplicación indebida del artículo 260 del C.S.T. también incurrió el ad quem, porque esta norma no es la que gobierna la situación pensional del actor,

puesto que no fue la pensión que pidió le fuera reconocida, en tanto la que sí reclamó es la que habría reconocido el ISS conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 referido, la cual debe reconocer el demandado por no haber cotizado durante toda la relación laboral, como está demostrado y que no fue materia de discusión en las instancias.

Afirma que la violación anterior no le permitió al juzgador aplicar las normas que regulaban el asunto bajo examen, esto es los artículos 1, 41 y 46 del Acuerdo 049 de 1990, según los cuales el actor era afiliado forzoso al ISS, que éste Instituto sería el responsable de los riesgos de invalidez, vejez y muerte a partir de la afiliación, haciéndose énfasis en que si el empleador no afilia a un trabajador deberá otorgarle las prestaciones que le hubiere cubierto el ISS, y que según el último de los artículos acusados, cuando se extienda el seguro de IVM por primera vez a una nueva zona geográfica, la fecha inicial de la obligación a asegurarse será la del llamamiento a inscripción, y por cuanto en las ciudades en las cuales prestó servicios el actor desde 1974 se había dado el llamamiento, quiere decir que la entidad bancaria demandada tenía la obligación legal de asegurar al actor desde y durante toda la relación laboral.

Respecto de los artículos 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966, denunciados por su aplicación indebida, sostiene que su contenido no se ajusta a las circunstancias del actor, con mayor razón si no pidió el reconocimiento de la pensión

de vejez con fundamento en aquellos, porque sus presupuestos fácticos no corresponden a los del demandante, puesto que no se discutió, ni ello se adujo, que el actor llevaba más de 10 años de servicios al Banco para cuando inició la cobertura del ISS.

Que los yerros jurídicos mencionados impidieron al Tribunal aplicar el artículo 70 del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 de ese año, que era el que gobernaba la situación del actor, el cual dispuso que el patrono que no cumpliera con la obligación de inscribir a sus trabajadores al ISS estando obligado a hacerlo, deberá asumir las prestaciones que dicho Instituto le hubiere reconocido.

Como sustento de sus afirmaciones invocó la jurisprudencia laboral de esta Corte, expuesta entre otras, en las sentencias 22405 del 28 de julio de 2004, 17049 de 30 de enero de 2002, 16573 de 11 de julio de 2002, 13724 de 8 de junio de 2002, 19511 de 25 de abril de 2003 y 20716 de 27 de enero de 2004.

VII. SEGUNDO CARGO

La proposición jurídica de este cargo es idéntica a la del primero, con la diferencia de que el concepto de la violación en éste es el de interpretación errónea de los artículos 259-2 y 260 del C.S. del T., mientras que en el anterior las acusó por aplicación indebida.

Igual acontece con la demostración, pues también contiene la misma argumentación que la del primer ataque.

VIII. LA RÉPLICA

El opositor sostiene que no es cierto que el Tribunal haya violado la ley, ni que exista total acuerdo en las cuestiones de hecho planteadas por el recurrente, y que lo pretendido de manera insólita es que la Corte derogue o inaplique los artículos 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966 y la reiterada jurisprudencia respecto de la interpretación, inteligencia y aplicación de las mismas.

IX. CONSIDERACIONES

Por cuanto los cargos acusan la violación de un mismo cuerpo normativo, están orientados por la vía directa, y la sustentación es similar, la Sala emprende su estudio de manera conjunta, por así permitirlo el artículo 51 del Decreto 2591 de 1991, adoptado como legislación permanente por la Ley 446 de 1998.

Teniendo en cuenta la senda escogida para los ataques, es de presumir que la censura guarda total conformidad con el examen fáctico del Tribunal, por tanto, no debería existir controversia en casación con relación a los extremos del contrato de trabajo, que lo fueron entre el

29 de abril de 1974 y el 17 de enero de 1985; que el actor fue afiliado al ISS por el Banco demandado para los riesgos de invalidez, vejez y muerte durante los siguientes períodos: Abril 29 de 1974 al 1 de agosto de 1975; septiembre 29 de 1975 al 9 de enero de 1978; abril 1 de 1980 al 30 de noviembre de 1981; diciembre 1 de 1981 al 1 de julio de 1983, y de febrero 14 de 1984 al 28 de febrero de 1985.

Además, tal y como lo afirmó categóricamente el ad quem, el Banco demandado no afilió al trabajador al ISS durante los siguientes períodos: del 1 de agosto de 1975 al 29 de septiembre de 1975; del 9 de enero de 1978 al 31 de marzo de 1980, y del 1 de julio de 1983 al 13 de febrero de 1984, asertos que acogió el Tribunal como resultado de la valoración probatoria que hizo el juez de primera instancia.

Con el propósito de verificar si en verdad el Tribunal incurrió en la violación que le endilga la censura, suficiente resulta acudir a la demanda primigenia, a los antecedentes expuestos y a la sentencia del Tribunal, para dejar establecido que la pretensión del actor alude al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por cuenta del Banco accionado, en los mismos términos y condiciones en que la hubiera reconocido el ISS, de no haber procedido la omisión en la afiliación durante los tiempos ya anotados, lo que condujo a la no cotización en tres períodos, que sumados arrojan 155 semanas, todo lo anterior de conformidad con los hechos sobre los cuales no halló el ad quem controversia alguna, con los que además, la censura

manifiesta su aquiescencia dada la vía directa escogida en los cargos.

Lo anterior quiere decir, y en ello la razón acompaña a la parte recurrente, que lo pedido no era la pensión de jubilación prevista en el artículo 260 del C. S. del T., y sin embargo el juzgador de la alzada consideró que era ésta la pretensión del actor, pues sostuvo que también era viable su estudio, si antes de la expedición del Decreto 2665 de 1988, y por la omisión en la afiliación o al incumplimiento en el pago de las cotizaciones, el trabajador solamente estaba legitimado para reclamar la pensión de vejez directamente al empleador, y sólo si cumplía con los requisitos legales para pensionarse, es decir, 55 años de edad el hombre y 20 años de servicios, o en su defecto, la indemnización de perjuicios.

Al efecto, y para determinar en cabeza de quién estaba la obligación de reconocer la pensión, el ad quem acudió a las previsiones de los artículos 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966, aprobatorio del Acuerdo 224 de esa anualidad, según los cuales, dependiendo del número de años al servicio del mismo empleador a la fecha de la subrogación del riesgo de vejez por parte del ISS, esto es, si el trabajador tenía más de 10 o 15 años de servicios, la asumiría el empleador, el ISS o era compartida.

De conformidad con lo anterior, queda demostrado que en verdad el Tribunal, para la solución de la controversia

puesta a su escrutinio, echó mano de unas normas que no se avenían a las circunstancias expuestas por el demandante, ni a lo demandado por éste, en tanto, se itera, lo pretendido era que se condenara al empleador a reconocer y pagar la pensión de vejez, en igualdad de condiciones como si lo hubiese hecho el ISS, a consecuencia del incumplimiento del Banco respecto de la falta de afiliación al ISS durante 155 semanas.

Ese yerro efectivamente condujo al sentenciador de la alzada a aplicar indebidamente los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en tanto no eran los llamados a decidir la pretensión del actor, que es obtener la pensión de vejez a cargo del empleador omisivo y que tiene la responsabilidad de reconocer la pensión de vejez en idénticas condiciones a como lo hubiera hecho el ISS, verbigracia el artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990 y el 70 del Acuerdo 044 de 1989, en los casos en los que el empleador, teniendo la obligación de hacerlo, no hubiera afiliado a un trabajador al ISS para el cubrimiento del riesgo de la vejez.

No hay que perder de vista que la no afiliación y consecuente ausencia de cotización al ISS, en el caso bajo examen se presentó antes de la vigencia del Decreto 2665 de 1988, cuyo artículo 19 previó que en estos casos, el empleador sería sancionado con multas, y además, que las prestaciones causadas antes de la afiliación estarían a cargo del empleador, en los mismos términos en que el

Seguro Social las hubiera reconocido. Sin embargo, debe advertirse que el actor cumplió los 60 años de edad el 15 de mayo de 2007, fecha en la que consolidó el derecho a su pensión de conformidad con los reglamentos del ISS, si hubiera la afiliación total y oportuna por parte del empleador.

Sobre la hermenéutica de esta disposición, es decir, si existe obligación o no del empleador de reconocer la pensión de vejez cuando no inscribe a sus trabajadores al ISS para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, o lo hace tardíamente, es verdad que la jurisprudencia de esta Corte no ha sido pacífica, pues hasta la sentencia del 11 de mayo de 2010, radicación 38154, el criterio reinante enseñaba que hasta la expedición del Decreto 2665 de 1988, la falta de afiliación al ISS, traía como consecuencia el reconocimiento y pago a cargo del empleador omisivo de una indemnización por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de sus obligaciones, lo que sin lugar a dudas causaba un enorme perjuicio a los trabajadores que veían frustrado su derecho pensional.

Empero, y a partir de dicha sentencia, la jurisprudencia dio un giro con el cual se procura garantizar a los trabajadores que hasta la expedición del aludido Decreto 2665, no hubieran sido afiliados al ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, o sus empleadores lo hubieran hecho tardíamente, al punto que esa omisión les impedía albergar la expectativa que tenían de lograr una

pensión de vejez frente al tiempo trabajado, o en este caso en relación con el número de semanas mínimas requeridas por los reglamentos del ISS para el reconocimiento de dicha prestación.

Ahora, el criterio de esta Sala es que dependiendo de la época en que se dejó de afiliarse o no se satisficieron las cotizaciones que por ley debían realizarse, es decir, que si ello ocurrió antes o después de la vigencia del Decreto 2665 mencionado, la solución no podría, en principio, ser otra que la de asignar al empleador omisivo, la obligación de reconocer la prestación en las mismas condiciones a como lo hubiera hecho el ISS, pues lo contrario reñiría con los postulados generales del derecho del trabajo, aplicables a la seguridad social por así estar previsto en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, en tanto no puede el trabajador asumir los perjuicios que se derivan por la mora de su empleador en el pago de las cotizaciones, o por la no afiliación o por hacerse tardíamente.

Así se dijo por la CSJ SL646-2013, del 11 de Sep. del 2013, rad. 38471:

Quedó probado conforme a lo expresado en la sentencia del juez de primer grado, o al menos no está desvirtuado, que la universidad no afilió a la actora "durante el periodo (sic) comprendido entre el 3 de febrero de 1970 al 9 de septiembre de 1984 y los primeros semestres de 1986 y 1990". Asimismo, que la actora pretende el reconocimiento de la pensión por vejez, a partir del 12 de noviembre de 2000, fecha de su desvinculación

laboral, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Como primera medida nótese que el incumplimiento de la demandada en torno a la afiliación de la promotora del proceso, para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte, se presentó en vigencia del Decreto 1824 de 1965, que aprobó el Acuerdo 189 de la misma anualidad, del Decreto 2665 de 1988 y del Decreto 3063 de 1989, aprobatorio del Acuerdo 044 de 1989.

Se recuerda que la recurrente increpa el fallo, toda vez que el Tribunal se basó en la falta de afiliación parcial de la demandante a la seguridad social por parte de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, y con base en ello condenó a esta última a pagar a la demandante la pensión de vejez, "lo cual constituye un error jurídico puesto que como lo tiene definido la Sala de Casación Laboral de la Corte, la no afiliación del trabajador a la seguridad social antes del Decreto 2665 del 26 de diciembre de 1988 no genera pensión a cargo del empleador, sino derecho del trabajador a ser indemnizado por los perjuicios derivados de la omisión". Apoyó su discrepancia en la sentencia del 2 de mayo de 2000, radicación 13.242.

Pues bien, conforme a la reseña jurisprudencial en precedencia, debe decir la Corte Suprema de Justicia, que si bien fue criterio de la Sala que antes de la expedición del Decreto 2665 de 1988, la consecuencia de la falta de afiliación era el reconocimiento de la indemnización por los perjuicios ocasionados, lo cierto es que fue aclarado o rectificado por esta Corporación mediante sentencia del 11 de mayo de 2010, radicación 38.154, que se ratifica a través de esta providencia.

En efecto, en aquella oportunidad la Corte al estudiar un asunto de similares contornos al hoy estudiado, en donde la demandada no afilió a su trabajador al sistema pensional, en el período comprendido entre 1981 y 1993, sostuvo que si bien es cierto la Sala había sostenido que hasta el 26 de diciembre de 1988,

Radicación N° 52395

*cuando entró en vigencia el Decreto 2665 del mismo año, la consecuencia para los empleadores que no afiliaran al sistema pensional a sus trabajadores, era el pago de la indemnización de los perjuicios que por dicha omisión les llegaren a ocasionar, **la Sala varió su postura a partir de esa fecha, en el sentido de que tal omisión implica para el empleador la obligación de responder al trabajador por las prestaciones, en los mismos términos en que el ISS las hubiere reconocido.***

Adoctrinó la Sala que no era procedente distinguir dos tipos de consecuencias para el empleador, según que la omisión de afiliar al trabajador sucediera hasta el 26 de diciembre de 1988 - cuando entró en vigor el D. 2665 de ese año-, o que sucediera con posterioridad a tal vigencia. O sea, que en el primer caso la consecuencia fuera indemnizar al trabajador por los perjuicios que hubiera podido ocasionársele por tal omisión; y en el segundo caso, a reconocerle, por la misma omisión, las prestaciones que habría cubierto el ISS, de haberlo afiliado. Al rectificar tal postura razonó la Sala:

"Tales consideraciones, respetables desde luego, riñen abiertamente con los principios generales del derecho del trabajo, que como lo ha precisado la Sala, tratándose de normas sobre seguridad social, se nutren con la interpretación de los que son propios sobre trabajo, que por ser de orden público producen efecto general inmediato, y por ende no sería factible, como lo sugiere la recurrente, hacer un corte para determinar las consecuencias de la no afiliación del demandante al sistema pensional, hasta el 26 de diciembre de 1988, día en que entró en vigencia el citado Decreto 2665, estando en curso la relación laboral entre las partes, y las que sobrevendrían después de esa fecha, de las que se insiste, obligan al empleador que no afilia a su trabajador al ISS a que otorgue o pague las pretensiones que este habría cubierto si se hubiera cumplido en la afiliación oportuna".

Radicación N° 52395

Por manera que, no es posible hacer un corte para determinar las consecuencias de la no afiliación del demandante al sistema pensional del I.S.S., hasta el 26 de diciembre de 1988, día en que entró en vigor el Decreto 2665 del mismo año, estando vigente la relación laboral entre las partes, como lo pretende la impugnante Universidad Jorge Tadeo Lozano.

Aunado a lo precedente, rememórese que en la sentencia del 20 de abril de 2010, radicación 37.173, la Sala también sostuvo que la seguridad social resulta ser un todo jurídico integral favorable al beneficiario, cuando se cumple con los requisitos que perentoriamente exige la ley tanto al empleador como al trabajador. Y en el caso de que sea el empleador quien no los cumpla (por ejemplo incumplir el deber de afiliar al trabajador), deberá el primero responder por los beneficios sociales a que tiene derecho quien debiendo ser afiliado por él no lo fue, como ocurrió en este caso con la actora.

Aquí y ahora, bien vale la pena reiterar la posición de la Corte en cuanto a que no todo incumplimiento del empleador de la afiliación al sistema general de pensiones genera el reconocimiento de la pensión por vejez. Pero en este preciso asunto la afiliación extemporánea, resultó a todas luces irremediable, privó e impidió a la extrabajadora que el Instituto de Seguros Sociales le reconociera y pagara la dicha prestación, lesionando de paso sus derechos fundamentales, por lo que la manera de resarcirle los dichos perjuicios no es otro que el reconocimiento y pago de la pensión implorada en el escrito inaugural del proceso.

No se puede soslayar que la demandante no se encontraba cobijada por el régimen de transición estatuido en el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, artículos 60 y 61, así como en el 76 de la Ley 90 de 1946. Luego le correspondía al I.S.S. asumir el riesgo por vejez, eso sí, se insiste, si la demandada hubiese cumplido con la obligación de afiliar a

la actora, en forma oportuna, al dicho instituto.

Repátese, entonces, en que la actora es beneficiaria del régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en que el Tribunal dio por acreditado que la actora laboró para la convocada a juicio durante 7.332 días (más de veinte años).

Así las cosas, efectivamente el incumplimiento del empleador de afiliar por todo el tiempo servido a su excolaboradora al Instituto de Seguros Sociales, para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte, le ocasionó que no alcanzara a reunir las semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, para obtener el derecho a la pensión de vejez. Ello, pese a que su relación laboral tuvo una duración de más de 20 años, omisión que lo obliga a responder directamente por la pensión de vejez reclamada, porque es la prestación que le hubiera reconocido el ISS si se hubiera cotizado durante todo el lapso laborado. En otras palabras el I.S.S habría reconocido la pensión si la demandada la hubiera afiliado desde cuando surgió la obligación, esto es desde el 3 de febrero de 1970, fecha en la que inició el vínculo laboral y para la que ya existía cobertura del mencionado instituto en la ciudad de Bogotá, lo cual no hizo ya que la afiliación se produjo tiempo después. (Resaltado fuera de su texto original).

En el presente caso, el Banco demandado omitió la afiliación en tres períodos distintos mientras estuvo vigente la relación laboral, que sumaron 155 semanas según lo tuvo por demostrado el juez de segundo grado, y ello, sin lugar a dudas, frente al sistema de seguridad social constituye un grave perjuicio para el trabajador, en tanto la negligencia del empleador de no afiliarlo en tales períodos, en principio, impediría que sea dicho sistema el que asuma el riesgo de la vejez, por no acreditarse el número de

semanas mínimas que exigen los reglamentos del Seguro Social.

De lo que viene de decirse, los cargos son fundados.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

La juzgadora de primera instancia tuvo por demostrado, y no fue materia de controversia por ninguna de las partes, que el actor prestó servicios para el Banco demandado desde el 24 de abril de 1974 hasta el 17 de enero de 1985; que durante este lapso el empleador lo desafilió de los riesgos de invalidez, vejez y muerte en los siguientes periodos: agosto 1 a septiembre 29 de 1975; de enero 9 de 1978 a marzo 31 de 1980, y de julio 1 de 1983 a febrero 13 de 1984, para un total de 1083 días, o lo que es igual a 154,71 semanas. No hay ninguna explicación por parte del ente empleador acerca de su omisión de afiliar al actor durante dichos períodos, lo que conlleva inexorablemente a que fue por su desidia o negligencia que tal omisión aconteció.

También dio por demostrado que el demandante es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues nació el 15 de mayo de 1947, lo que quiere decir que cumplió 60 años de edad en esa fecha del año 2007, y además, que de conformidad con los folios 56 a 63, ha cotizado para el riesgo de vejez un total de 890,99 semanas

a febrero de 2009, por consiguiente, su régimen de transición de acuerdo con el A.L. 01 de 2005, se mantenía hasta el 31 de julio de 2010, fecha para la cual hubiera cumplido los requisitos de semanas si el banco demandado no hubiera sido omisivo durante los períodos referidos con antelación.

Los hechos anteriores permitirían afirmar que la pensión estaría a cargo de la entidad bancaria demandada, sino fuera porque en el asunto bajo examen es necesario distinguir entre una afiliación tardía al sistema pensional, efectuada al poco tiempo de iniciada la relación laboral, de la abstención completa de afiliación durante todo el tiempo de duración del contrato de trabajo, o cuando es ostensiblemente tardía, últimos dos eventos en los cuales el ordenamiento jurídico colombiano asignaba al empleador la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez en las mismas condiciones en las que lo hubiera asumido el sistema general de pensiones.

En tanto que en la primera de las situaciones descritas, es decir, una afiliación tardía o una simple omisión parcial de cotizaciones, podía el empleador cancelar lo adeudado juntos con los réditos causados, dejando en cabeza del sistema la obligación de asumir la prestación de vejez.

Sin embargo, el artículo 9 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de 2003,

estableció la posibilidad de sumar el tiempo de servicios con empleadores omisivos en la afiliación al sistema general de pensiones, a través del pago de un título pensional a favor de la entidad de seguridad social, con base en el cálculo actuarial que ésta elabore. Así lo dispuso la norma en comentario:

“PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993¹.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional. (...) (Resaltado de la Sala).

¹ La Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-506-01 mediante Sentencia C-1024-04 de 20 de octubre de 2004, “...mediante la cual se declaró la constitucionalidad de la expresión acusada <subrayada> por un cargo idéntico al impetrado en esta oportunidad”

La Sala no deja a un lado el hecho de que el tiempo durante el cual no fue afiliado el actor es anterior a la expedición de estas normas, más aún, al Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, sin embargo es posible su aplicación a casos como el presente, tal y como se adoctrinó en la sentencia CSJ SL, 27 ene. 2009, Rad. 32179, en la que se dijo:

“Tal como lo pregonaba la censura en las dos acusaciones, la subrogación del riesgo de vejez lo previó el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 en concordancia con los artículos 259 del CST y 1° del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, para los trabajadores que tuvieran un tiempo de servicios inferior a 10 años, contabilizados desde 1° de enero de 1967, y así la obligación de reconocerles la pensión estaba a cargo del ente de seguridad social, en reemplazo del empleador, sin desconocer, claro está, que la asunción de riesgos por el ISS, no operó de modo automático en todos los casos, sino que produjo efectos con la condición de que recibiera las cotizaciones respectivas.

En esa medida y como lo ha precisado la Corte, la obligación de afiliar al Instituto de Seguros Sociales a un trabajador dependiente, es responsabilidad del empleador, acorde con la legislación vigente sobre el particular, carga que también aplica para el momento en que entró a regir el Sistema de Seguridad Social Integral que creó la Ley 100 de 1993.

En el sub iudice, cuando la demandante ingresó al servicio de la Corporación demandada, ya existía la obligación legal de afiliación de los trabajadores al régimen de seguridad social en pensiones, que para ese entonces era administrada por el Instituto de Seguros Sociales. No obstante existir dicho imperativo, en el caso analizado, el empleador dejó desprotegida a la actora por espacio de casi 18 años (16 de mayo de 1978 al 11 de marzo de 1996), porque durante los 25 años y 1 mes que estuvo prestando servicios, sólo fue afiliada a pensiones los últimos 7 años, bajo el régimen de ahorro individual administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

El inciso 6° del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, prevé la

solución frente a la eventualidad referida, al establecer 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”. (El subrayado es de la Sentencia).

Conviene advertir, que pese a que la citada normativa no se encontraba vigente cuando se produjo el incumplimiento del empleador en su afiliación, la misma es perfectamente aplicable a casos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, como sucede en este caso, tal cual se desprende de su tenor literal; es decir, que el querer del legislador fue el de solucionar aquellos eventos en los cuales, antes de entrar a regir el Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994, en este caso), los empleadores no hubieran cumplido con la afiliación obligatoria al ISS., máxime que el concepto de cálculo actuarial no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico.

Por manera que la obligación de reconocer la pensión de vejez en el asunto bajo estudio, corresponde al sistema general de pensiones, siempre y cuando se cumpla con los requisitos para ello, esto es, que el tiempo durante el cual el Banco demandado no afilió al actor al ISS, no obstante tener la obligación legal de hacerlo, resulte suficiente para el cómputo de las semanas mínimas necesarias con miras a la pensión de vejez, hecho que se puede hacer efectivo a través del mecanismo previsto en la Ley 797 ibídem y en su decreto reglamentario citado.

Sin embargo, y por cuanto la solución al problema jurídico planteado corresponde a unas de las pretensiones que quedaron por fuera del litigio, por haber sido declarada

probada la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones, la Corte acude a las facultades *minus petita*, pues como se puede apreciar, la expedición de un título pensional cuya procedencia quedó demostrada, es notoriamente menor al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del empleador solicitada por el actor.

En efecto, en sentencia CSJ SL, 5 jun. 2011, Rad. 42768, se dijo:

(...) lo anterior no implica que los jueces estén impedidos para decidir por debajo de lo pedido, ni ello tampoco desconoce el imperioso mandato del artículo 305 del C. P. C., de modo que cuando las partes logran probar menos de lo pretendido, es obligación del juez proferir decisión que acoja lo demostrado, pero sin salirse dentro de los extremos inicialmente fijados, debiendo en consecuencia denegar lo demás, caso en el cual la decisión es minus petita.

Los extremos de la litis no cambian cuando se demuestre un tiempo de servicios inferior al que se alegó en la demanda.

Bajo estas precisas limitaciones es que podría la Corte actuar en sede de instancia, y bajo las cuales solo podría estudiar la acusación.

Consecuencia de lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia del juzgado, en cuanto absolvió a la parte demandada de expedir a favor del ISS un título pensional por los períodos durante los cuales el actor no fue afiliado al ISS, para en su lugar condenarla para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, inicie ante el ISS, hoy COLPENSIONES, las diligencias tendientes a la expedición del mencionado título, correspondiente a los siguientes periodos:

1. 01 de agosto de 1975 a 29 de septiembre de 1975.
2. 09 de enero de 1978 a 31 de marzo de 1980, y
3. 01 de julio de 1983 a 13 de febrero de 1984.

Se confirmará en lo demás la sentencia de primer grado.

Así las cosas, y ante la prosperidad de los cargos, se casará parcialmente la sentencia del Tribunal en aquella parte que confirmó la decisión absolutoria del juez de primer grado respecto de la expedición de un título pensional, y en sede de instancia, se accederá a esta pretensión. No se casará en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario. En ambas instancias estarán a cargo de la parte demandada. Tásense por los funcionarios judiciales competentes.

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 11 de mayo de 2011 por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario laboral promovido por **LEÓN GUILLERMO MUÑOZ BUITRAGO** contra el **BANCO DE BOGOTÁ S.A.**, en cuanto confirmó la sentencia de primer grado que absolvió de la expedición de

un título pensional a nombre del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y a favor del actor. **NO LA CASA EN LO DEMÁS.**

En sede de instancia se **REVOCA PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral de Bogotá D.C. el 26 de enero de 2011, en cuanto absolvió de la pretensión anterior, para en su lugar, **CONDENAR** al **BANCO DE BOGOTÁ S.A.**, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, inicie los trámites tendientes a la expedición del referido título pensional. Se **CONFIRMA** en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario. Las de instancia estarán a cargo de la parte demandada.

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

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Presidente de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE