

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

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
Magistrado ponente

SL2731-2015
Radicación n.º 37022
Acta 07

Bogotá, D. C., once (11) de marzo de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado del señor **ÁLVARO VALENCIA DUQUE**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., el 12 de mayo de 2008, dentro del proceso ordinario laboral que promovió en contra de la **CIUDADELA COMERCIAL UNICENTRO**.

I. ANTECEDENTES

El señor Álvaro Valencia Duque presentó demanda ordinaria laboral en contra de la Ciudadela Comercial Unicentro, con el fin de que le fueran reconocidas las

siguientes prestaciones: *i)* pensión de jubilación desde la fecha que se retiró y hasta cuando el Instituto de Seguros Sociales asuma el pago de la de vejez; *ii)* aportes para pensión con destino al Instituto de Seguros Sociales, desde el momento de su despido y hasta cuando dicha institución otorgue la prestación por vejez; *iii)* cesantía, intereses a la misma y sanción por su no pago; *iv)* indemnización moratoria; *v)* reajuste de indemnización por despido e indexación.

En subsidio de lo anterior, pidió el pago de la cesantía causada entre el 14 de abril de 1976 y el 30 de junio de 1992, así como la que correspondía a los años 1992 y 1997; indemnización moratoria por el no pago y consignación de la cesantía; intereses a la cesantía y sanción por su no pago; reajuste de la indemnización por despido e indexación.

Señaló, para tales efectos, que le había prestado sus servicios personales a la demandada desde el 14 de abril de 1976 y que, a pesar de ello, tan solo había sido inscrito en el Instituto de Seguros Sociales a partir del 2 de julio de 1992; que, por virtud de lo anterior, durante la vigencia de la relación laboral no se habían hecho los aportes necesarios para obtener una pensión de jubilación; que pagó algunas cotizaciones como trabajador independiente, pero tampoco resultaron suficientes para hacerse merecedor de dicha prestación; que nunca solicitó ni aceptó mediante escrito acogerse al régimen de cesantía previsto

en la Ley 50 de 1990, y que, no obstante ello, la demandada se lo aplicó por su propia cuenta y bajo su responsabilidad; que, en todo caso, no se efectuaron en debida forma las consignaciones de los años 1992 y 1997, y que, con el propósito de evitar un doble pago, reconocía la consignación unilateral de cesantía por un valor de \$6.580.016.00; que nunca suscribió con la demandada algún «*contrato de honorarios*» y, si bien recibió ingresos adicionales a su salario, por un «*...proyecto de remodelación de Unicentro...*», la demandada les dio unilateralmente el título de honorarios; que reclamó oportunamente el pago de sus acreencias laborales y le hicieron una liquidación de prestaciones sociales, que no incluía todos los rubros a los que tenía derecho.

La entidad convocada al proceso se opuso a la prosperidad de las súplicas incluidas en la demanda. Admitió como ciertos los hechos relacionados con la inscripción del actor en el Instituto de Seguros Sociales, que no se había celebrado algún contrato de honorarios, que se habían liquidado las prestaciones sociales adeudadas y que el actor había realizado un reclamo respecto de sus derechos laborales, que le había sido negado. Frente a lo demás, expresó que no era cierto o que no le constaba.

Arguyó que el actor había sido vinculado laboralmente a partir del año 1992 y que, con anterioridad, no se había sostenido con él relación laboral alguna que diera lugar al pago de cesantía o de aportes para pensión, pues había sido

nombrado como revisor fiscal, pero de manera independiente y no subordinada. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia el 8 de septiembre de 2005, por medio de la cual resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la CIUDADELA COMERCIAL UNICENTRO a pagar a ÁLVARO VALENCIA DUQUE una pensión vitalicia de jubilación de \$1.117.095.75 mensual; más los reajustes legales y mesadas adicionales desde 1º de abril de 2000 fecha de retiro y en el futuro, hasta cuando el I.S.S. asuma el pago de esta Pensión de Vejez, solo correspondiéndole a la empresa demandada reconocer el mayor valor diferencial si lo hubiere y seguirá cotizando con el ultimo (sic) salario devengado, reajustado, si el empleador si (sic) así lo estima, hasta que el seguro lo libere con la pensión de vejez.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada CIUDADELA COMERCIAL UNICENTRO a pagar a ÁLVARO VALENCIA DUQUE las siguientes sumas de dinero.

Por concepto de cesantías: \$39.661.865.66

TERCERO: CONDENAR la demandada CIUDADELA COMERCIAL UNICENTRO a pagar a ÁLVARO VALENCIA DUQUE por concepto de indemnización moratoria por el no pago de las cesantías a la terminación del contrato de trabajo, en suma de \$55.168.93

diarios por cada día de mora desde el 1 de abril de 2000 inclusive y hasta cuando se pague la obligación en su totalidad.

CUARTO: CONCEDER LA COMPENSACIÓN como excepción en la suma de \$8.395.893.00 pagada de más por el demandado como indemnización por despido unilateral y que este descontara (sic) de la liquidación total de condenas de esta sentencia; declarar además como excepción de pago y prescripción por los intereses a las cesantías según lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: Absolver al demandado de las demás pretensiones de la demanda y de la reforma.

SEXTO: Condenar en costas y agencias a la demandada vencida.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., mediante sentencia del 12 de mayo de 2008, revocó los numerales primero, segundo y cuarto de la decisión de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda. En igual sentido, revocó el numeral tercero, referente a la condena por indemnización moratoria, para en su lugar declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

Para fundamentar su decisión, el Tribunal abordó en un primer momento el recurso de apelación formulado por

la demandada y, luego de analizar los reparos allí planteados, encontró ajustada la decisión del juzgador de primer grado de declarar probada la existencia del contrato de trabajo entre las partes, entre el 14 de abril de 1976 y el 30 de marzo de 2000, por virtud, fundamentalmente, de que así lo había aceptado la propia entidad enjuiciada, en la liquidación de prestaciones sociales y en diversas certificaciones expedidas por el Jefe de Personal y el Subgerente Administrativo y Financiero.

En torno a este mismo punto, recalcó que no era atendible el argumento con fundamento en el cual, con anterioridad al año 1992, el actor había estado vinculado a través de una persona jurídica de la que hacía parte, en forma independiente y no subordinada, pues, adujo, dichas aserciones no se correspondían con la realidad fáctica del proceso, de manera que, entendía *«...que la supuesta contratación con una persona jurídica es simplemente una ficción que persigue ocultar la prestación personal y subordinada en la cual se mantuvo el actor...»* De igual forma, asentó que las pruebas de pagos de honorarios y el certificado de existencia y representación de la sociedad Valencia Duque, *«...analizados dentro de la comunidad de la prueba no desvirtúan la presunción que acompañó la prestación del servicio subordinado...»*

Destacó también que la subordinación en ciertos trabajos, como el que desarrollaba el demandante, era casi imperceptible, pero que ello no impedía que se diera por

acreditada en el curso del proceso, más cuando la ley laboral preveía el principio de irrenunciabilidad de derechos para el trabajador, «...precisamente en el entendido que muchas veces éste accede a suscribir actos que van en detrimento de sus derechos laborales, sólo por razón de preservar un empleo.» Reiteró, en tal orden, que la relación laboral había iniciado realmente el 14 de abril de 1976, pero aclaró que, ante la suscripción de un contrato de trabajo escrito el 1 de julio de 1992, debía entenderse que existieron dos modalidades de vinculación, una verbal hasta el año 1992 y otra escrita hasta el año 2000.

Establecido lo anterior, en torno a la pretensión de pago de cesantía, estimó pertinente definir los «...efectos jurídicos de la suscripción del contrato celebrado a partir del 1 de julio de 1992...» y, situado en dicho punto, consideró que «...sí hubo una expresión inequívoca del acogimiento al nuevo régimen de cesantías, pues, al suscribirse este contrato escrito, como ya se anotó, las partes acordaron **dejar sin efecto cualquier otro contrato verbal o escrito celebrado entre las partes con anterioridad.** Es decir, el cambio de régimen de cesantías operó por expreso mandato legal.» (Resaltado original).

Recordó que, frente al tema, de acuerdo con lo previsto en el artículo 98 de la Ley 50 de 1990, el régimen especial de cesantía se aplicaba a todos los contratos de trabajo celebrados a partir de la vigencia de dicha norma y que, a pesar de que la relación laboral remontaba su antigüedad

hasta 1976, «...la simple suscripción del contrato de trabajo en vigencia de la Ley 50 de 1990 determinó el régimen de liquidación de cesantías aplicable, acuerdo que es aceptado por el demandante cuando durante la ejecución del mismo ratificó el conocimiento sobre este sistema de cesantías, cuando realizó retiros periódicos...»

Relacionó a continuación las cartas por medio de las cuales el actor había pedido el retiro parcial de su cesantía y sostuvo que:

...no es acertado predicar la pérdida del pago realizado a título de cesantías por ausencia de autorización, ni mucho menos convertirla en una obligación natural, reiterando que la tan anhelada autorización se suple con la celebración del contrato de trabajo en vigencia de la Ley 50 de 1990, que para la época regía y que determinó la aplicación de un nuevo régimen de cesantías por consignación anual.

*Por las razones expuestas ha de entenderse que entre las partes el régimen tradicional de cesantías estuvo vigente hasta el 30 de junio de 1992, día anterior a la celebración del nuevo contrato que **implícitamente y por mandato legal** determinó el acogimiento del nuevo régimen de cesantías previsto en la ley 50 de 1990.*

En consecuencia tenemos que la causación de las cesantías retroactivas por virtud del sistema tradicional tuvo ocurrencia el día 30 de junio de 1992, cálculo que debe comprender lo causado entre el 14 de abril de 1976 y la fecha final antes reseñada. Sin embargo, la determinación del valor de esas cesantías insolutas se encuentra afectada por el término prescriptivo trienal previsto

en las leyes laborales, el que se encuentra ampliamente excedido... (Resaltado original).

En torno a la condena por pensión de jubilación impuesta por el a quo, se remitió a una decisión emitida por esta Corporación el 8 de noviembre de 1976, rad. 6508, e infirió que por la fecha de vinculación del actor – 1 de abril de 1976 -, el Instituto de Seguros Sociales había sustituido y subrogado a la empresa en el cubrimiento de dicha prestación. Precisó, de igual forma, que aunque había operado una *«afiliación tardía»*, tal situación debía ser resuelta a la luz de los reglamentos sobre afiliación, aportes y recaudos del Instituto de Seguros Sociales, vigentes para la fecha del desarrollo de la relación laboral, de manera tal que el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo resultaba inaplicable, pues había sido derogado tácitamente a partir del 1 de enero de 1967.

Indicó también que a pesar de que, en estos casos, la jurisprudencia de esta Corporación justificaba el pago de los aportes por el empleador, que correspondían a los periodos debidos, no se podía acceder a esa petición, incluida en el recurso de apelación, so pena de que se quebrantara el principio de congruencia.

Definidos los anteriores tópicos, acometió el estudio del recurso de apelación del demandante y, para tal efecto, concluyó que no se debían intereses sobre la cesantía, pues los anteriores al 2 de agosto de 1999 estaban prescritos y

los del año 2000 habían sido pagados con la liquidación de prestaciones sociales. Por último, estimó que no se podía declarar probada la excepción de compensación, por no haber sido planteada en la contestación de la demanda.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por el apoderado de la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte. Pretende el recurrente que, salvo en lo que concierne a la excepción de compensación, se case la sentencia recurrida y que, en sede de instancia, se modifique la decisión emitida en primer grado y, en su lugar, se condene a la demandada al pago de pensión de jubilación, con indexación de la primera mesada, sus reajustes y mesadas adicionales, a partir del 1 de abril de 2000; se ordene a la demandada que continúe efectuando los aportes al Instituto de Seguros Sociales, hasta cuando esa entidad reconozca pensión de vejez; que se imponga condena por cesantía en la suma de \$32.668.059.00, con el descuento de la suma consignada ilegalmente de \$6.993.806.66; que se decrete el pago de indemnización moratoria e intereses a la cesantía y sanción por su no pago.

Con el propósito descrito formula cinco cargos, oportunamente replicados y que pasan a ser analizados por la Corte.

V. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia recurrida de violar indirectamente, por aplicación indebida, «...los Arts. 249, 22, 23, 24, 65, 264 y 248 del C.S.T.; todos en relación con el párrafo e inciso 2 del Art. 98 y el 99 de la ley 50 de 1990, como los Arts. 1º, 2º y 3º del Dto. 1176 de 1991, el Art. 174 de C.C., el Art. 488 del C.S.T, los Arts. 61 y 151 del C.P.L. y fundamentalmente los Arts. 29, 48 y 53 de la C.N.»

Aduce que la referida infracción se produjo como consecuencia de la errónea apreciación del contrato de trabajo de folio 158, la liquidación de prestaciones de folio 72, las certificaciones de folios 134, 141, 144 y 145 y los documentos de folios 104, 105, 128, 129, 131 y 153. También por la falta de valoración de las comunicaciones de folios 76 y 77 y la liquidación de folio 78.

Precisa que el Tribunal incurrió en los siguientes errores evidentes de hecho:

1) *Dar por demostrado, contra toda evidencia, que mi mandante se acogió al nuevo régimen de liquidación de cesantía.*

1ª) *No dar por establecido, estándolo, que mi mandante, en ningún momento se acogió al nuevo régimen de cesantía, quedando esta prestación sometida al régimen de liquidación tradicional.*

2) *Dar por demostrado, sin estarlo, que entre mi poderdante y Unicentro, hubo dos contratos de trabajo.*

2ª) *No dar por demostrado, estando acreditado plenamente, que entre mi mandante y el demandado solo existió, sin solución de continuidad, un contrato de trabajo.*

3) *Dar por demostrado, sin ser cierto, que el 30 de junio de 1992 se causó una cesantía, que por no haberse reclamado oportunamente, prescribió.*

3ª) *No dar por demostrado, siendo evidente, que el 30 de junio de 1992 no se causó ninguna cesantía que hubiera prescrito, como quiera la cesantía de mi mandante solo se hizo exigible el 1 de abril de 2000.*

En desarrollo del cargo, el censor reprocha al Tribunal por haber valorado de manera inadecuada el contrato de trabajo y por entender que con tal documento, junto con los que obran a folios 104, 105, 128, 129, 131 y 153, se suplía la comunicación escrita con la que el trabajador debía aceptar el nuevo régimen de cesantía, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación.

Explica también que el Tribunal se equivocó al asumir que entre las partes se habían verificado dos contratos de trabajo, cuando en realidad se había demostrado solamente uno, sin solución de continuidad, entre el 14 de abril de 1976 y el 30 de marzo de 2000, pues lo que había sucedido era que, en ejercicio del *ius variandi*, la demandada había cambiado la modalidad del contrato verbal por uno escrito, que en todo caso no modificaba las condiciones de la vinculación, ni le restaba unidad a la relación laboral.

Agrega que otro de los errores graves del Tribunal fue entender que el 30 de junio de 1992 se había causado un derecho a la cesantía que, por no haber sido objeto de reclamo oportuno, había quedado afectado por el fenómeno de prescripción, pues el actor nunca había aceptado un cambio de régimen que diera origen a tal situación y, además de ello, había mantenido una relación laboral que nunca tuvo interrupciones, que dieran paso a la liquidación definitiva de la cesantía. Anota, igualmente, que la prescripción fue interrumpida de manera oportuna y válida, con la presentación de la demanda, por lo que el Tribunal, al declarar probada esa excepción, quebrantó indirectamente las normas incluidas dentro de la proposición jurídica.

VI. RÉPLICA

Estima que el cargo presenta un grave e insuperable defecto técnico, en tanto lo que realmente plantea es la existencia de un error de derecho y no un error de hecho y alega que, de cualquier manera, la decisión del Tribunal se encuentra amparada por la facultad legal de apreciar en forma libre y racional las pruebas del proceso. Resalta también que la entidad demandada había actuado de buena fe, al estar convencida de que antes del año 1992 no había estado vigente alguna relación laboral, por la cual tuviera que pagar cesantía, pues así también lo había aceptado el actor con su conducta, al no efectuar reclamos y al no

advertir alguna situación irregular, en su condición de revisor fiscal.

VII. CONSIDERACIONES

En aras de definir los puntos que habían sido sometidos a su evaluación, el Tribunal partió de la base de que entre las partes había estado vigente una sola relación laboral, entre el 14 de abril de 1976 y el 30 de marzo de 2000, que no había tenido solución de continuidad. Para tal efecto, a su vez: *i)* puso de presente la información contenida en la liquidación de prestaciones sociales y en varias certificaciones emitidas por agentes de la demandada, en las que se daba cuenta de tal circunstancia; *ii)* descartó la validez de las presuntas vinculaciones independientes, a través del pago de honorarios, por virtud del principio de primacía de la realidad; *iii)* e hizo uso de la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo que, en el presente asunto, infirió, no había sido desvirtuada.

De otro lado, aunque precisó que esa relación laboral única, sin solución de continuidad, había estado mediada por *«...dos modalidades de contrato de trabajo, una verbal y otra escrita...»*, en definitiva, concluyó que *«...entre las partes existió un contrato de trabajo cuyo extremo inicial lo fue el 14 de abril de 1976 y su extremo final el 30 de marzo de 2000, el cual se ejecutó a través de un contrato verbal y*

luego a partir del 1º de julio de 1992 por un contrato escrito...»

La anterior precisión resultaba necesaria y es suficiente para descartar que el Tribunal hubiera incurrido en los errores de hecho identificados como 2) y 2ª), pues nunca tuvo por demostrado que entre las partes hubieran existido dos contratos de trabajo, como lo alega la censura, ya que, se repite, asumió que siempre se había mantenido un solo vínculo, sin solución de continuidad.

Lo que sí dedujo el Tribunal y, en últimas, fue el fundamento transcendental de la decisión que se controvierte en el cargo, es que la suscripción de un contrato de trabajo el 1 de julio de 1992, si bien no desvirtuaba la existencia de una sola relación laboral, sí servía, junto con otros documentos, para demostrar que el actor había exteriorizado su voluntad de acogerse al régimen de cesantía implantado a partir de la Ley 50 de 1990 y que, por lo mismo, no había lugar a la reliquidación retroactiva de dicha prestación, como se peticionaba en la demanda. Esto es que, de documentos tales como el contrato de trabajo suscrito en 1992 y las cartas en las que se pedían retiros parciales de cesantía, para el Tribunal se derivaba *«...una expresión inequívoca del acogimiento al nuevo régimen de cesantías...»* o, cuando menos, el hecho de la celebración de un contrato en vigencia de la Ley 50 de 1990, al que debían serle aplicables sus disposiciones.

Con apego en dicha estructura argumentativa, se puede ver también que la decisión no se fundamentó en la existencia de una prueba solemne, ni se tuvo por demostrado algún hecho a través de un medio no autorizado por la Ley. La censura tampoco denuncia la existencia de un error de derecho, sino que critica la valoración efectuada sobre varios documentos, de manera que la objeción técnica que plantea la réplica resulta infundada.

Ahora bien, para la Sala el Tribunal tampoco incurrió en los errores de hecho identificados como 1) y 1^a), al concluir que *«...sí hubo una expresión inequívoca del acogimiento al nuevo régimen de cesantías...»* de forma tal que *«...entre las partes el régimen tradicional de cesantías estuvo vigente hasta el 30 de junio de 1992...»*

En efecto, el contrato de trabajo obrante a folio 158, que se considera indebidamente apreciado por la censura, está suscrito por el actor y el representante legal de la demandada el 1 de julio de 1992, en vigencia de la Ley 50 de 1990. Asimismo, en el documento se consignó explícitamente que *«...el presente contrato reemplaza en su integridad y deja sin efecto alguno cualquiera otro contrato verbal o escrito celebrado entre las partes con anterioridad...»*, por lo que, con fundamento en el mismo, el Tribunal podía inferir razonablemente que la intención de las partes al suscribir un nuevo contrato de trabajo, si bien no era la de generar solución de continuidad en la relación

laboral, sí era la de ajustarla a la normatividad vigente en esa fecha. Esa conclusión guarda coherencia con lo prescrito en el artículo 2 del Decreto 1176 de 1991, de acuerdo con el cual, ante el cambio de régimen de cesantía, se debía realizar una liquidación definitiva del auxilio, «...*sin que por ello se entienda terminado el contrato de trabajo...*» A partir de dicho raciocinio también encuentran su razón de ser algunas referencias expresas que se hacen en el contrato suscrito, como al artículo 23 de la Ley 50 de 1990, sobre el tema de la jornada laboral; y al artículo 6 de la misma norma, frente a la forma de terminación de la relación laboral. Con ello quiere significar la Sala que las partes no ignoraban la vigencia de la referida Ley 50 de 1990, en el momento de suscribir el contrato.

En tales términos, el referido texto podía ser asumido de manera razonable como una expresión escrita, libre y voluntaria del actor, de acogerse al régimen de cesantía creado a partir de la expedición de la Ley 50 de 1990, por lo que no existe alguna deducción arbitraria o descabellada del Tribunal, que pudiera ser catalogada como un error de hecho manifiesto.

En este punto resulta oportuno recordar que la jurisprudencia desarrollada por la Sala en torno al tema ha sido consistente en sostener que la manifestación de la voluntad del trabajador de acogerse al régimen de cesantía creado por la Ley 50 de 1990, «...*no requiere de formas o palabras sacramentales...*», pues basta con que conste por

escrito y de ella pueda derivarse la intención libre del trabajador. Al respecto pueden verse las sentencias CSJ SL 6 sep. 1999, rad. 11909, CSJ SL 23 ag. 2000, rad. 14270, CSJ SL 19 may. 2005, rad. 25755, entre otras.

Por otra parte, esa intención libre y voluntaria del trabajador de acogerse al nuevo régimen de cesantías, plasmada por escrito, resultaba coherente con el hecho de que, como lo resaltó el Tribunal, a partir de allí mantuvo una conducta consecuente con el cambio de régimen, pues tenía pleno conocimiento del Fondo en el que se estaba consignando su cesantía y solicitaba retiros parciales de la misma (Ver folios 89, 103, 105, 129, 153).

De igual forma, no puede dejar de notar la Sala que, como lo subraya la réplica, el demandante tenía la condición de revisor fiscal de la empresa y, por lo mismo, estaba en plena capacidad de concebir con certeza las implicaciones de la suscripción de un nuevo contrato de trabajo, específicamente el acoplamiento al régimen de cesantía de la Ley 50 de 1990, pues sus labores estaban precisamente encaminadas a poner en conocimiento de la sociedad cualquier irregularidad en el funcionamiento de la empresa y en el desarrollo de sus relaciones. Por esas razones, si su intención era contraria a la de acogerse al nuevo régimen de cesantía, debió ponerlo en conocimiento de la empresa, no solo por la posible afectación de sus intereses, sino por sus especiales funciones de control.

Así las cosas, no resultaba descabellado suponer que, ante la suscripción del contrato de trabajo, el comportamiento del actor a lo largo de la relación laboral y sus especiales funciones de control y revisoría fiscal, su convicción fue la de matricularse en el régimen de cesantía concebido por la Ley 50 de 1990, como lo determinó el Tribunal.

Vale decir, finalmente, que ante el hecho definido de que operó válidamente un cambio de régimen de cesantía, la liquidación parcial de dicho auxilio que podría corresponder hasta el 30 de junio de 1992, se hacía exigible en esa misma data y, por lo mismo, ante la falta de reclamo oportuno, quedaba afectada por la prescripción, de manera que el Tribunal tampoco incurrió en los errores de hecho identificados como 3) y 3^a).

En tales condiciones, el Tribunal no incurrió en los errores de hecho que le imputa la censura.

El cargo es infundado.

VIII. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia recurrida de violar directamente, en la modalidad de infracción directa, «...el Art. 53 del Dto. 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año, los Arts. 29, 48 y 53 de la C.N.; en relación con los Arts. 193-2, 259-2 y 260 del C.S.T., el Art. 72 de la Ley 90 de 1946, el

Art. 3º de la Ley 153 de 1887, el 71-1, el 71-2, el 1740 del C.C. y los Arts. 1, 11, 12, 14, 57, 59, 60 y 61 del Dto. 3041 de 1966 que aprobó el acuerdo 224 de ese año.»

En desarrollo del cargo, el censor dice estar de acuerdo con las premisas fácticas en las que basó su decisión el Tribunal y afirma:

El Tribunal absuelve de la pensión de jubilación, apoyando su decisión en los Arts. 59 y 60 del Acuerdo 224 de 1966 (que erradamente cita como 024), aprobado por el Dto. 3041 del mismo año y además en la sentencia del 5 de Noviembre de 1.976, en la que se invocan los Arts. 1, 11, 12, 14, 57 y 61 del mismo Decreto.

Ahora bien, el Art. 53 del Dto. 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año expresamente derogó los Arts. Citados del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Dto. 3041 de ese año. En estas condiciones, se absolvió de la pensión de jubilación recurriendo a normas inexistentes y violando el Art. 29 de la C.P. En la modalidad indicada se violó el Art. 53, por cuanto se ignoró, desatendió o desconoció su contenido y se dispuso en contra de esta norma, que derogado los Arts. citados del Dto. 3041 de 1966, pero que el ad-quem les otorga plena vigencia.

En razón de lo anterior, pido a la H. Corte se case la sentencia recurrida y en sede instancia se condene a la pensión de jubilación.

IX. RÉPLICA CONJUNTA A LOS CARGOS SEGUNDO, TERCERO, CUARTO Y QUINTO

Explica que a la demandada no le podía ser oponible una obligación imposible de cumplir, pues si la relación laboral había iniciado en el año 1992, no se había podido efectuar una afiliación del trabajador al Instituto de Seguros Sociales por años anteriores. Arguye también que, aún si se tuviera por sentado que el contrato de trabajo había estado vigente antes de 1992, las pretensiones del cargo no podrían prosperar, porque lo pretendido en el proceso fue el reconocimiento de la pensión de jubilación y a lo que habría lugar, eventualmente, es a la expedición de un título pensional.

X. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En torno a la temática que aborda el cargo, el Tribunal partió del supuesto de que en la demanda se había petitionado el reconocimiento de la pensión de jubilación establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, a cargo del empleador y de manera compartida con la pensión de vejez que asumiera el Instituto de Seguros Sociales, por reunir el trabajador la edad y el tiempo de servicios necesario para ello y haber sido afiliado a esta última Institución.

Ante dicho panorama, resultaba apenas lógico que el Tribunal se diera a la tarea de definir en qué hipótesis y

bajo qué condiciones el Instituto de Seguros Sociales había subrogado total o parcialmente a los empleadores en el pago de las pensiones de jubilación establecidas en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y, en ese mismo orden, en qué eventos el empleador conservaba la obligación de reconocer y pagar esa prestación, así fuera de manera compartida. Tales reglas, como lo ha explicado la Corte en repetidas oportunidades (Ver CSJ SL, 26 jul. 2005, rad. 24405, CSJ SL, 20 ago. 2008, rad. 30901, CSJ SL, 24 may. 2011, rad. 40704, CSJ SL399 – 2013 y CSJ SL572 - 2014), se derivaron inicialmente de la Ley 90 de 1946 y se desarrollaron, específicamente, a través de los artículos 59, 60 y 61 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, que la censura considera indebidamente aplicados, por el hecho de su derogatoria.

Estas últimas disposiciones, a su vez, erigieron como supuestos de hecho relevantes para la definición de las condiciones de la subrogación pensional, entre los más importantes: *i)* la fecha de inicio de la obligación de afiliarse al Instituto de Seguros Sociales, que en Bogotá se produjo a partir del 1 de enero de 1967; *ii)* y el tiempo de servicios acumulado por el trabajador hasta ese momento.

De acuerdo con las anteriores precisiones, ante el hecho indiscutido de que, en este caso, se pedía la pensión de jubilación a cargo del empleador, de manera compartida con la de vejez del Instituto de Seguros Sociales, por no haber operado una subrogación total del riesgo, así como

que la relación laboral había iniciado el 14 de abril de 1976, no cabía duda de que los artículos 59 y 60 del Acuerdo 224 de 1966 estaban llamados a gobernar la controversia, pues estaban vigentes para dicha época y regulaban específicamente el tema, de manera que el Tribunal no incurrió en error jurídico alguno al apoyarse en ellos.

Aunque el artículo 53 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, derogó expresamente el Acuerdo 224 de 1966, como se reclama en el cargo, lo cierto es que, se repite, las disposiciones de esta última norma resultaban vigentes y aplicables a los supuestos de hecho reclamados en la demanda, vale decir, el derecho a una pensión de jubilación a cargo del empleador, sin subrogación total del riesgo en el Instituto de Seguros Sociales, respecto de una relación laboral iniciada el 14 de abril de 1976.

En tales términos, el Tribunal no incurrió en la infracción directa del artículo 53 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, ni desconoció las disposiciones que regulan la aplicación de la ley laboral en el tiempo.

Por último, cabe decir que, como lo reconoce el propio censor en el inicio del tercer cargo, esa discusión en torno a la vigencia de los artículos 59 y 60 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, resultaba totalmente intrascendente, puesto que, en todo

caso, las reglas contempladas en dichas disposiciones fueron reproducidas, en los mismos términos, en el artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, del cual se reclama vigencia. (Así ya lo había considerado la Sala en la sentencia CSJ SL, 20 ag. 2008, rad. 30901).

En los anteriores términos, el cargo es infundado.

XI. TERCER CARGO.

Se formula como «...subsidiario o sustituto del anterior; en atención a que en caso similar esta H. Corporación consideró que la derogatoria de los Arts. 60 y 61 del acuerdo 224 de 1966 que ordenó el Art. 53 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por Dto. 758 del mismo año, carecía de trascendencia; por cuanto esa misma reglamentación se sostuvo en el Art. 16 de Dto. 758 de 1990...»

Acusa la sentencia recurrida de violar directamente, por interpretación errónea, «...los Arts. 16 y 41 del Dto. 758 de 1990, así como los Arts. 17, 22, 36 y 133 de la ley 100 de 1993, como los Arts. 29, 48 y 53 de la C.N.; en relación con los Arts. 193-2, 259-2 y 260 del C.S.T. como los Arts. 72 de la ley 90 de 1946 y 5-3 del Dto. 813 de 1994.»

Para demostrar el cargo, aduce:

Para los efectos de este cargo no se discuten las conclusiones a que llegó (sic) el Tribunal, pues es evidente que Valencia Duque empezó a prestar servicios para Unicentro el 14 de abril de 1976. Que Unicentro afilió (sic) a mi mandante al I.S.S. en 1992, cuando contabilizaba más de 16 años de servicios. Que trabajó hasta 30 de marzo de 2000, fecha en la cual cumplió 23 años, 11 meses y 15 días de trabajo. Que mi mandante ingreso (sic) al servicio de la empresa con posterioridad al 1 de enero de 1967. Que el contrato se ejecuto (sic) verbalmente desde el 14 de abril de 1976 hasta el 30 de junio de 1992 y por efecto, sin solución de continuidad, desde el 1 de julio de 1992 hasta el 30 de marzo de 2000.

A continuación, reproduce el texto del artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, y arguye que dicha disposición fue mal interpretada por el Tribunal, pues a pesar de haber aceptado que el actor había sido afiliado tan solo en el año 1992, después de llevar más de 10 años de servicios, negó la responsabilidad de la empresa en el pago de la pensión de jubilación. Expresa, en ese orden:

La errónea interpretación en que incurre el Tribunal consiste en entender que el computo (sic) temporal para establecer si mi mandante tenía más de 10 años de servicios cuando fue asegurado; se inició el 1 de enero de 1.967, cuando en realidad, en este caso concreto el I.S.S. solo asumió el riesgo de vejez a partir de 1.992, fecha en la cual el empleador cumplió con la obligación de afiliar al trabajador y solo a partir de esta fecha el I.S.S. empezó a ser responsable de la pensión de vejez compartida, ya que para entonces el trabajador tenía más de 10 años de servicios.

La interpretación correcta del Art. citado lleva a concluir que el empleador que afilia a su trabajador al I.S.S, luego de 10 años de servicios, tiene a su cargo la pensión plena de jubilación que consagra el artículo 260 del C.S.T., desde cuando éste cumpla la edad y tiempo de servicios requeridos por la norma, con la obligación de seguir cotizando hasta cuando el Instituto asuma el riesgo de la pensión de vejez por que (sic) se cumplieron los requisitos exigidos por el I.S.S., momento a partir del cual la pensión será compartida con el empleador en los términos y condiciones del artículo 16 transcrito.

Apoya esta interpretación lo dispuesto en el Art. 72 de la ley 90 de 1.946 en cuanto dispone que las prestaciones (la pensión entre otras) que venían causándose en virtud de las disposiciones anteriores a cargo del empleador, se siguen rigiendo por tales normas hasta cuando el Instituto las asuma conforme a su reglamento, momento en el cual dejara (sic) de aplicarse la legislación anterior. Este artículo de transición toma como fecha para la configuración del derecho pensional a cargo del Instituto, aquella en la que éste, en cada caso, vaya asumiendo el riesgo y no aquella en la que en forma genérica entro (sic) en vigencia el seguro social en cuanto al riesgo de vejez, es decir, 1 de enero de 1.967.

XII. CONSIDERACIONES

En esencia, el censor se esfuerza por demostrar que la intelección correcta del artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, es aquella por virtud de la cual el término de 10 años de servicios, que sirve de parámetro para la determinación de los efectos de

la subrogación del riesgo de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, debe comenzar a contarse a partir de la fecha en la cual el empleador afilia efectivamente al trabajador, mas no a partir del momento el que se realiza el llamado a inscripción en un determinado territorio. De allí que sostenga que si la afiliación se realiza después de 10 años de servicios, independientemente del inicio de la obligación de inscripción, se causa la pensión a cargo del empleador prevista en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, de manera compartida con la de vejez que otorga el Instituto de Seguros Sociales.

El artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, prevé:

Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 10 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00) moneda corriente o superior, ingresarán al seguro obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por la ley para las pensiones plenas o especiales en ella consagradas, podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha pensión de jubilación, pero el patrono continuará cotizando en este seguro hasta cuando el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo

hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado. (Resaltado fuera de texto).

A su vez, en forma muy similar, el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, que como se dijo en el examen del segundo cargo reguló específicamente el tema de la subrogación pensional, establece:

*Los trabajadores **que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y este estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono. (Resaltado fuera de texto).***

Por su parte, el artículo 61 de la misma norma dispone que:

Los trabajadores que lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, diez años o más de servicios

continuos o discontinuos ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados en las mismas condiciones de los anteriores y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8o. de la ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez, en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión restringida. En todo lo demás el afiliado gozará de los beneficios otorgados por el instituto. (Resaltado fuera de texto).

Del texto de las disposiciones que se acaban de transcribir, para la Sala resulta absolutamente claro que el parámetro para establecer los términos y las condiciones de la subrogación de los riesgos de vejez del empleador en el Instituto de Seguros Sociales, es el inicio de «...la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte...», que en la ciudad de Bogotá se dio a partir del 1 de enero de 1967, como lo dedujo el Tribunal y no se controvierte en el cargo.

Así también lo ha concebido esta Sala de la Corte en reiteradas decisiones, en las que ha discernido que, contrario a lo argüido por el censor, las variadas hipótesis de subrogación de los riesgos pensionales en el Instituto de Seguros Sociales dependen del tiempo de servicios prestados por el trabajador «...para el momento en el que inicia la obligación de afiliarse...», que frente a algunos territorios operó a partir del año 1967 y, para otros, se fue

generando paulatinamente, en función de la extensión progresiva de la cobertura, ordenada por la mencionada Institución. En la sentencia CSJ SL, 1 abr. 2008, rad. 32643, la Sala explicó al respecto:

Ciertamente el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966, utiliza la siguiente expresión para demarcar los límites de las obligaciones que asume el sistema en subrogación de la prevista en el C.S.T. a cargo de los empleadores: “los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse al Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte”, se hallen en determinada situación, definida por el número de años al servicio del patrono.

*De esta manera **el acto particular y concreto que ha exigido la Corte para que obre la subrogación, cuando se trata de la del régimen prestacional, es la de la convocatoria a afiliación efectuada por el ISS en la comprensión territorial en la que tuviere domicilio laboral el trabajador.***

Dijo la Corte en sentencia rememorada en la del 4 de agosto de 2003, radicación 20070:

*“De modo, pues, que de lo antes transcrito se deduce que el fallador de segundo grado se rebeló contra las disposiciones que regula el régimen de transición de las pensiones de jubilación, y con referencia a las cuales de vieja data **la Corte ha dado por sentado que para efectos de su aplicación necesariamente ha de determinarse, en principio, en qué fecha se inició en la respectiva región del país la obligación de asegurarse al I.S.S., para así poder establecer la***

antigüedad del trabajador hasta entonces, y entrar a ubicarlo dentro del contingente de asalariados que lleven 20, 10 o menos de 10 años de servicio en aras de precisar bajo qué situación se encontraba cobijado y quien asume la carga pensional reclamada, ya que de ello dependerá si la pensión aludida está a cargo exclusivo del empleador; es compartida entre éste y el Instituto de Seguros Sociales, es concurrente con la pensión de vejez, o corre por cuenta única y exclusiva de la entidad de seguridad social...

(Negrillas fuera de texto).

De igual forma, en la sentencia CSJ SL, 30 ag. 2011, rad. 40074, la Sala reiteró:

La jurisprudencia de la Corte se ha orientado en el sentido de que, conforme con el mandato del artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966, el hito que sirve para demarcar el límite de las obligaciones asumidas por el sistema, frente a la subrogación establecida en el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo, es el acto particular y concreto mediante el cual el Instituto de Seguros Sociales convocaba a afiliarse a una determinada región de la geografía nacional, o a un preciso sector de la economía, de donde se sigue que quienes no hubieran sido llamados a afiliarse al sistema general de pensiones, continuaron bajo el gobierno de las reglas jurídicas del Código Sustantivo del Trabajo. (Negrillas fuera de texto).

De manera análoga pueden verse las sentencias CSJ SL 2 oct. 2007, rad. 29217, CSJ SL 25 may. 2008, rad.

31482, CSJ SL 10 jul. 2012, rad. 43074, CSJ SL881-2013 y CSJ SL572-2014, entre muchas otras.

Por las mismas razones expuestas, la Sala nunca ha considerado que el término de los 10 o 15 años, que resulta relevante para la definición de una subrogación parcial o total del riesgo de vejez, deba contarse a partir del hecho concreto de la afiliación efectiva del trabajador y no desde el inicio de la obligación genérica de hacerlo, que se identifica con el llamado a inscripción.

En tal dirección, el Tribunal no incurrió en algún error interpretativo cuando consideró que la pensión de jubilación pedida por el actor estaba a cargo del Instituto de Seguros Sociales y no del empleador, en la medida en que *«...ingresó al servicio de la empresa – 1976 – con posterioridad a la fecha en que el Instituto asumió el riesgo de vejez – 1967 -, caso en el cual el Instituto sustituye o subroga a la empresa de su obligación de pagar la pensión de jubilación.»*

Ahora bien, aunque es cierto que la afiliación tardía del trabajador constituía un supuesto de hecho relevante, pues podía afectar la configuración debida del derecho a la pensión, así como la subrogación del riesgo en el Instituto de Seguros Sociales, tal situación no desvirtuaba la interpretación correcta de los artículos 16 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, y 60 y 61 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del

mismo año, sino que generaba otras consecuencias, como lo dedujo el Tribunal.

En efecto, dicha Corporación concluyó que en este caso se había configurado una *afiliación tardía*, que debía ser resuelta «...a la luz de los reglamentos de afiliación, aportes y recaudos y el general de sanciones vigente en el ISS para la fecha en que se desarrolló la relación laboral entre las partes en conflicto, pues se repite, la responsabilidad de la empresa frente a la pensión de jubilación fue subrogada con la afiliación que hiciera al Instituto de Seguros Sociales...» También destacó que en el curso del proceso se había discutido la existencia del contrato de trabajo para las fechas en las cuales se había generado una *afiliación tardía* por parte del empleador, y que, ante la realidad de su existencia, «...la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que el empleador podrá optar por cancelar al seguro social los aportes por dicho periodo, permitiendo de esta forma que el trabajador complete los requisitos que las normas que regulan la pensión de vejez le exigen acreditar.»

Frente a tales reflexiones, esta Sala de la Corte se ha orientado a determinar que las normas que pueden contribuir a resolver esas hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de

los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que se afecte su estabilidad financiera.

Un claro ejemplo de ello son las previsiones contenidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, conforme con las cuales deben tenerse en cuenta como tiempos válidos para la pensión de vejez, entre otros, *«...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...»*, así como *«...el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.»* Todo ello, con la previsión de que *«...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.»*

En esa dirección, en anteriores oportunidades en las que se ha discutido la existencia del contrato de trabajo y se ha optado por declararlo, ante la realidad de que el trabajador no estuvo afiliado al sistema de pensiones durante la vigencia del vínculo laboral, se ha sostenido que la solución a dicha problemática es que la respectiva entidad de seguridad social tenga en cuenta el tiempo de

servicios y recobre el valor de los aportes, mediante un título pensional. En la sentencia CSJ SL665-2013 se precisó al respecto:

En torno a los aportes para el régimen de pensiones, la Corte debe advertir que, con arreglo a lo establecido en el literal d) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en la forma en la que fue modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, se debe tener en cuenta “[e]l tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.”

En tales condiciones, a pesar de que los aportes al sistema de pensiones constituían una obligación inherente a la relación laboral que fue declarada entre los demandantes y la IPS PLENISALUD, frente a la cual concurre como deudor solidario COMFAORIENTE, lo procedente en estos casos es que, la administradora de pensiones respectiva tenga en cuenta el tiempo de servicios por el cual no hubo afiliación ni cotizaciones, y recobre el valor de los aportes con el cálculo actuarial respectivo, para lo cual deberá tramitar el bono o título pensional allí previsto. Entre tanto, dada la ventaja que otorga la norma anteriormente mencionada, no resulta procedente ordenar el pago de los aportes en la forma pedida. Por lo mismo, en este aspecto, será confirmada la sentencia apelada.

De igual forma, en la sentencia CSJ SL646-2013, la Corte explicó:

En reciente decisión del pasado 20 de marzo, radicación 42.398, la Sala, en línea de doctrina, señaló que dado que la prestación,

bajo estudio, no se causó antes de la Ley 100 de 1993, su expectativa de pensión está regulada por esta disposición y sus modificaciones.

Por tanto, se dijo, que la consecuencia para el empleador omiso de afiliar a sus trabajadores o, en caso de una afiliación tardía, a la luz del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no es otra que pagar el capital correspondiente al tiempo dejado de cotizar necesario para financiar la pensión por vejez, establecido desde la vigencia del precitado artículo 6° del Acuerdo 189 de 1965, aprobado por el Decreto 1824 del mismo año. Entonces, debe responder con el traslado a la entidad pensional del valor del cálculo actuarial liquidado en la forma indicada por el Decreto 1887 de 1994 a satisfacción de la entidad que recibe, como quedó atrás dicho.

Asimismo, explicó la Corte Suprema de Justicia que el inciso 6° artículo 17 del Decreto 3798 del 26 de diciembre 2003 que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 (modificado también por el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997), hizo, de forma expresa, la remisión al mencionado Decreto 1887 de 1994 para efectos de hacer igualmente el cálculo correspondiente de la pensión por el tiempo laborado al servicio del empleador que omitió la afiliación a la entidad administradora de pensiones.

En ese sentido, de cualquier manera, la omisión en la afiliación o su cumplimiento tardío no tendrían como consecuencia el reconocimiento de la pensión de jubilación por el empleador, de manera compartida con el Instituto de Seguros Sociales, como lo afirma la acusación, por lo que el Tribunal no incurrió en los errores jurídicos que se relacionan con este tópico.

No obstante lo anterior, el Tribunal si erró cuando, a pesar de concebir que una solución a la problemática de la afiliación tardía podía ser el pago de los aportes, descartó una condena por tal aspecto, porque había sido planteado como una posibilidad de manera extemporánea, en el recurso de apelación, y que, por ello, no podía ser estudiado, «...por el principio de congruencia, pues sería tanto como entrar a estudiar pretensiones distintas a las planteadas por el demandante, o invadiendo órbitas de instancia como al entrar a resolver con base en la facultad *extra petita*...»

Contrario a ello, en la reforma de la demanda (fol. 175), que fue aceptada oportunamente por el juzgador de primer grado (fol. 191), se incluyó como pretensión el pago de «...APORTES AL ISS...», junto con hechos relacionados con que el trabajador solo fue afiliado al Instituto de Seguros Sociales el 2 de julio de 1992. En ese sentido, la demanda sí contenía un planteamiento respecto de la *afiliación tardía*, cuyas consecuencias jurídicas debían ser establecidas por los jueces de instancia, teniendo en cuenta el principio *iura novit curia*. Además de ello, lo cierto es que el escrito de la demanda contenía los elementos suficientes para interpretar que el demandante sí había reclamado el pago del capital correspondiente a los aportes dejados de realizar, a través de un cálculo actuarial, de manera que no era una pretensión extraña a la causa petendi, cuyo análisis podría comprometer el principio de congruencia.

En ese sentido, al haber sido una pretensión del proceso, justificada con hechos relacionados con la afiliación tardía, ante la imposibilidad de acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación, el Tribunal debió analizar la posibilidad de impartir condena por el pago del capital correspondiente al tiempo en el que no se hicieron los aportes. En ese sentido, se casará parcialmente la sentencia recurrida.

Antes de proferir la respectiva decisión de instancia en este punto, para mejor proveer, se dispondrá que, por la Secretaría de la Sala, se oficie a la entidad demandada para que, en el término máximo de diez (10) días, certifique el valor de los honorarios que pagaba mensualmente al demandante por sus servicios de revisoría fiscal entre el 14 de abril de 1976 y el 1 de julio de 1992.

XIII. CUARTO CARGO

Acusa la sentencia recurrida de violar directamente, por aplicación indebida, «...los Arts. 71-2 de la Ley 153 de 1887 el 260 del C.S.T., en relación con los Arts. 72 de la ley 90 de 1946 y el 16 del Dto. 758 de 1990, así como con los Arts. 259 del C.S.T., 29, 48 y 53 de la C.N, el 17, 22, 36 y 133 de la ley 100 de 1993.»

El censor aclara nuevamente que no discute el hecho de que el contrato de trabajo se ejecutó entre el 14 de abril

de 1976 y el 30 de marzo de 2000 y que el actor fue afiliado al Instituto de Seguros Sociales en el año 1992. Luego de ello, argumenta:

Según lo entiende el Tribunal, el Art. 260 del C.S.T. no es aplicable al presente caso, porque fue derogado tácitamente, en Bogotá, desde el 1 de enero de 1.967 fecha en la que entró a regir el seguro social. Por esta razón negó la pensión de jubilación de mi mandante.

Ahora bien, ni la ley que creó el seguro social, ni los acuerdos y decretos reglamentarios que los aprobaron, derogaron tácitamente el Art. 260 del C.S.T, pues ninguno de estos estatutos contienen disposiciones que no puedan conciliarse con el mencionado artículo, condición para que se diera la derogatoria tácita, según lo dispone el Art. 71 – 2 de la ley 153 de 1.887 que se violó. Antes bien, el Art. 72 de la ley 90 de 1946 dispone que las prestaciones reglamentadas en esta ley seguirán regidas por las normas de la legislación anterior, las que continuarán vigentes hasta cuando el I.S.S., ‘... las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso’. Norma de la legislación anterior es el Art. 260 del C.S.T a que se remite la norma citada. De otro lado, el Art. 16 del Dto. 758 de 1.990, que también se violó, prevee (sic) que al cumplirse los requisitos de edad y tiempo de servicio el trabajador podrá pedir la ‘pensión plena’ consagrada en la ley, es decir, la pensión reconocida por el Art. 260 del C.S.T; con lo cual se descarta la derogatoria tácita de este artículo por cuanto las dos normas son complementarias y conciliables.

Por lo anterior, se concluye que el Tribunal violó directamente, por aplicación indebida el Art. 71 – 2 de la ley 153 de 1.887, por cuanto lo aplicó a un caso que no es aplicable. En la misma

modalidad violó el Art. 260 del C.S.T, norma que siendo aplicable, dejó de aplicar. Por lo anterior, pido a la H. Corte Suprema de Justicia case la sentencia recurrida y en sede de instancia, ordene, la pensión de jubilación a que tiene derecho mi mandante.

XIV. QUINTO CARGO

Acusa la sentencia recurrida de violar directamente, en la modalidad de infracción directa «...el Art. 260 del C.S.T., en relación con los Arts. 259 del C.S.T., 71 y 72 de la Ley 153 de 1887, Art. 16 de Dto. 758 de 1990, los Arts. 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, así como los Arts. 17, 22, 36, 50 y 133 de la ley 100 de 1993 y los Arts. 29, 48 y 53 de la C.N.»

Una vez más, el censor precisa que no está en discusión el hecho de que el contrato de trabajo se ejecutó entre el 14 de abril de 1976 y el 30 de marzo de 2000 y que el actor fue afiliado al Instituto de Seguros Sociales en el año 1992. Igualmente, sostiene:

“Afirma el Tribunal que el Art. 260 del C.S.T. en el que se apoyó el juzgado para ordenar la pensión de jubilación, ‘...fue derogado tácitamente, en Bogotá, a partir del 1 de enero de 1.967, para aquellos trabajadores que se vincularon laboralmente, - como fue el caso del actor - después de dicha fecha...’.

“En los términos anteriores, el Tribunal violó (sic) el citado artículo por cuanto desconoció su contenido y vigencia y dispuso en contra del mismo.

“El Art. 260 del C.S.T. no fue derogado ni tácita ni expresamente por la ley 90 de 1.946 ni por ninguno de los acuerdos ni decretos aprobatorios que reglamentaron el seguro social: En virtud de su inferior jerarquía normativa no era posible que los acuerdos reglamentarios o los decretos aprobatorios derogaron el mencionado artículo.

“La lectura de los Arts. 72 de la ley 90 de 1.946 y el 16 del Dto. 758 de 1.990, conlleva a concluir que el Art. 260 del C.S.T continúa (sic) vigente hasta cuando el I.S.S vaya asumiendo el riesgo de la pensión de jubilación, en razón de haberse cumplido los requisitos fijados en sus reglamentos, en cada caso. No hubo derogatoria del Art. 260 sino la transición de un régimen a otro cuya sustitución o subrogación, que ha sido gradual se dará total o parcialmente, solo al momento en que se cumplan los requisitos previos señalados en los reglamentos del I.S.S.

“No hubo derogatoria del Art. 260 del C.S.T. como lo decidió el Tribunal erradamente y por lo mismo al no aplicar esta norma la violó (sic) directamente, en la modalidad de infracción directa, pues la desconoció y resolvió contra ella”.

XV. CONSIDERACIONES

Los cargos cuarto y quinto se analizan de manera conjunta, por virtud de que se encaminan por la misma vía, comparten razonamientos y se refieren, en idéntica dirección, al tema de la derogatoria del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, a partir del 1 de enero de 1967.

En torno a tal cuestión, es preciso advertir que la inferencia del Tribunal a partir de la cual «...*el artículo 260 del código sustantivo del trabajo fue derogado tácitamente, en Bogotá, a partir del 1 de enero de 1967...*», aunque no es del todo afortunada, fue ambientada por el hecho de que, en este caso particular, el trabajador se había vinculado laboralmente después de iniciada la obligación de los empleadores de realizar la inscripción de sus servidores en el Instituto de Seguros Sociales, por lo que nunca habría podido tener 10 años de servicios con anterioridad a dicha data, que lo hicieran merecedor de la pensión establecida en la referida disposición.

Teniendo presente ese contexto, la mencionada inferencia no resulta del todo equivocada, puesto que, como se explicó en el desarrollo del tercer cargo, respecto de los trabajadores que no tenían más de 10 años de servicios en el momento de iniciarse «...*la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte...*» operó una subrogación total del riesgo, de manera que frente a ellos no resultaba aplicable, bajo ninguna hipótesis, el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el análisis del tercer cargo también clarificó la Corte que aún en los supuestos de una *afiliación tardía*, la consecuencia no era el reconocimiento de la pensión por el empleador, de manera compartida con el Instituto de Seguros Sociales.

Vale decir, en ese orden, que aunque es verdad que la puesta en marcha del régimen del seguro social obligatorio, a partir de la Ley 90 de 1946 y del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, no trajo consigo una derogatoria del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, sino un sistema de transición progresivo y gradual de normas y responsabilidades frente al riesgo de vejez, lo cierto es que, se repite, en este caso no resultaba aplicable el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo ninguna circunstancia, por lo que nunca habría podido ser infringido de manera directa. (Ver sentencias CSJ SL 24 may. 2011, rad. 40704 y CSJ SL399-2013.)

Como consecuencia, los cargos son infundados.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación. En las instancias como quedaron allí definidas.

XVI. 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 PARCIALMENTE** la sentencia dictada el 12 de mayo de 2008, por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ÁLVARO VALENCIA**

DUQUE contra **CIUDADELA COMERCIAL UNICENTRO**, en cuanto se abstuvo de analizar la pretensión de pago de aportes al Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial. No la casa en lo demás.

Antes de proferir la respectiva decisión de instancia, para mejor proveer, se dispone que, por la Secretaría de la Sala, se oficie a la entidad demandada para que, en el término máximo de diez (10) días, certifique el valor de los honorarios que pagaba mensualmente al demandante por sus servicios de revisoría fiscal entre el 14 de abril de 1976 y el 1 de julio de 1992.

Sin costas en el recurso de casación. En las instancias como quedaron allí definidas.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidente de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS