



## SALA DE CASACIÓN LABORAL

RELEVANTE	
<b>M. PONENTE</b>	: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN
<b>NÚMERO DE PROCESO</b>	: 41745
<b>NÚMERO DE PROVIDENCIA</b>	: <a href="#">SL9856-2014</a>
<b>TIPO DE PROVIDENCIA</b>	: SENTENCIA
<b>FECHA</b>	: 16/07/2014
<b>DECISIÓN</b>	: NO CASA
<b>FUENTE FORMAL</b>	: Código Civil art. 1613 / Ley 90 de 1946 art. 76 / Constitución Política de Colombia de 1886 / Acuerdo 224 de 1996 art. 59, 61 / Código Sustantivo del Trabajo de 260 / Ley 100 de 1993 art. 33 / Ley 797 de 2003 art. 9 par. 1

**ASUNTO:**

No se controvierte que el actor estuvo vinculado con la demandada desde el 23 de octubre de 1978 al 30 de abril de 2001, y que solo fue afiliado al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, el 1º de julio de 1985, fecha en que dicha entidad de seguridad social alcanzó cobertura en los lugares en que el trabajador prestó servicios; esto es, en los municipios de Salgar, Támesis y Bolívar, en el Departamento de Antioquia. El eje problemático gira alrededor de definir si le asiste razón al Tribunal al imponer a la demandada la obligación de trasladar al Instituto de Seguros Sociales el cálculo actuarial por el período comprendido entre el 23 de octubre de 1978 y el 30 de junio de 1985 o si, por el contrario, la razón está de parte de la recurrente cuando arguye que existió una conciliación en la que se acordó compensar a través del pago de una suma dineraria, cualquier detrimento en la situación pensional del demandante, y en que además, como el trabajador cuando fue afiliado tenía menos de 10 años de servicio, la subrogación del riesgo de vejez por parte del ISS operó en forma plena y total, sin que exista ninguna obligación pensional a cargo del empleador.

**TEMA: PENSIONES » FINANCIACIÓN » TÍTULOS PENSIONALES » ANÁLISIS DE PRUEBAS** - Ausencia de error de hecho del ad quem al considerar que el título pensional correspondiente al tiempo laborado para el empleador no obligado a afiliarse al trabajador al ISS por falta de cobertura, no fue materia de conciliación

**Tesis:**

«... pero como no existe, en el acta de marras, una alusión clara, concreta y específica de los periodos de cotizaciones o aportes no efectuados al Instituto de Seguros Sociales, supuestamente cobijados por el acuerdo entre las partes, sino una referencia general, carente de precisión, en la que no se discrimina suficientemente el contenido del derecho conciliado, coligió que no es posible inferir con absoluta certeza que el cálculo actuarial pretendido en este proceso, hubiera sido materia del arreglo amigable, para estructurar el supuesto desacierto fáctico endilgado a la sentencia gravada.

Al margen de si lo conciliado por las partes es o no un derecho cierto e indiscutible, es claro que la literalidad del documento que se analiza, no refleja que las partes consensuaran el monto actualizado de las cotizaciones insolutas, y esa indeterminación no permitiría inferir de modo unívoco que dentro de lo pactado se hubiera incluido el cálculo actuarial reconocido en las instancias».

**PENSIONES » CÓMPUTO DE TIEMPO DE SERVICIO O SEMANAS DE COTIZACIÓN » TIEMPO LABORADO PARA EMPLEADORES QUE NO TENÍAN LA OBLIGACIÓN DE AFILIACIÓN AL ISS - Reseña jurisprudencial**

**Tesis:**

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

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

(...)

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



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

(...)

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

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

(...)

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

(...)

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

**PENSIONES » AFILIACIÓN » AFILIACIÓN AL ISS, SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO » ASUNCIÓN DEL RIESGO POR PARTE DE ISS** - La obligación patronal de afiliar a los trabajadores al ISS nace desde el momento en que éste asume el riesgo de vejez en el municipio donde el asalariado presta el servicio

**Tesis:**

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

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

resolución, la fecha en que debían iniciarse las inscripciones para ese riesgo y el campo de cobertura o zona geográfica comprendida por el nuevo servicio de seguridad social. En ese momento nacía la obligación para el empleador de afiliarse a su trabajador, con la advertencia que la afiliación debía darse de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos del Instituto. Así mismo, en tal oportunidad, surgía la obligación conjunta de los sujetos del contrato de trabajo de pagar los respectivos aportes o cotizaciones.

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

**PENSIONES » AFILIACIÓN » AFILIACIÓN AL ISS, SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO » ASUNCIÓN DEL RIESGO POR PARTE DE ISS** - La cobertura del ISS fue gradual y progresiva

**Tesis:**

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

**PENSIONES » CÓMPUTO DE TIEMPO DE SERVICIO O SEMANAS DE COTIZACIÓN » TIEMPO LABORADO PARA EMPLEADORES QUE NO TENÍAN LA OBLIGACIÓN DE AFILIACIÓN AL ISS** - Se debe tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez

**Tesis:**

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

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que



el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

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

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

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

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

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

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese periodo «en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

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

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

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

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

(...)

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del párrafo 1°, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993»,



precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal».

**PENSIONES » FINANCIACIÓN » TÍTULOS PENSIONALES** - Los empleadores deben responder por el cálculo actuarial correspondiente a periodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura

**PENSIONES » FINANCIACIÓN » TÍTULOS PENSIONALES** - Si bien los patronos de trabajadores que tenían menos de diez años de servicio para cuando el ISS asumió el riesgo de vejez, quedaron subrogados en la pensión de jubilación, ello no los exime del pago del cálculo actuarial correspondiente a dicho lapso, siempre que no se alcance a completar la densidad de cotizaciones exigidas para la prestación

**Tesis:**

«Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».

**NOTA DE RELATORÍA:** Esta providencia es relevante en: PENSIONES > CÓMPUTO DE TIEMPO DE SERVICIO O SEMANAS DE COTIZACIÓN > TIEMPO LABORADO PARA EMPLEADORES QUE NO TENÍAN LA OBLIGACIÓN DE AFILIACIÓN AL ISS - Se debe tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez

**SALVAMENTO / ACLARACIÓN / ADICIÓN DE VOTO:**

ACLARACIÓN DE VOTO: RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO