

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

SALA DE CASACIÓN LABORAL

DR. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

Magistrado Ponente

Radicación N° 25759

Acta N°. 86

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil cinco (2005).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el BANCO DE COLOMBIA S.A., contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 4 de noviembre de 2004, en el proceso que al recurrente le promovió DOMINGO ORTIZ.

I. ANTECEDENTES

El citado accionante demandó en proceso laboral al BANCO DE COLOMBIA S.A., procurando se le declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y se le condenara a pagar la pensión de jubilación, equivalente a un salario mínimo legal o al monto que la Ley indique para el momento de su reconocimiento, ello a partir del cumplimiento de los 55 años de edad, junto con las mesadas atrasadas y las adicionales desde cuando la obligación se hizo exigible, la sanción por mora igual a un salario mensual al que se venía devengando como trabajador, los servicios médicos y las costas.

Esgrimió como hechos que fundan sus pedimentos, que laboró para el banco demandado entre el 18 de noviembre de 1963 y el 19 de noviembre de 1988, esto es, durante 25 años continuos e ininterrumpidos; que en su lugar de trabajo, el Instituto de Seguros Sociales inició la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte a partir del 3 de agosto de 1970, cuando llevaba 7 años en la entidad; que en ese momento se le afilió al ISS, pero luego fue retirado el 16 de octubre de 1974, fecha en que fue trasladado a trabajar en la sucursal del Municipio de Melgar - Tolima, donde permaneció hasta su desvinculación definitiva, sin poder cotizar en el período habido hasta el 1° de enero de 1982 cuando fue afiliado nuevamente; que arribó a la edad de los 55 años el 15 de noviembre de 1995, quedando cumplidas las exigencias del artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo, para poder acceder a la pensión de jubilación reclamada por los servicios prestados a la entidad bancaria, por un lapso superior a 20 años; y que el ISS no le reconoció el derecho pensional por no tener el tiempo necesario de cotización, ello debido a la culpa del accionado al mantenerlo desafiliado durante ocho años.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

El llamado al proceso al dar contestación a la demanda, se opuso al éxito de las pretensiones; en relación con los hechos, aceptó el vínculo laboral, sus extremos temporales, el servicio continuo

e ininterrumpido, y la fecha de cobertura del Seguro Social en el sitio de trabajo del demandante que lo fue en la ciudad de Espinal, y respecto de los demás supuestos fácticos, adujo que uno no le constaba y que los otros no eran ciertos; propuso como excepciones las de pago, compensación, prescripción, cosa juzgada y buena fe de la demandada.

Argumentó en su defensa que el actor estuvo afiliado al ISS desde cuando dicho Instituto tuvo cobertura en el Espinal, es decir 2 de febrero de 1970, lo cual se mantuvo hasta el 16 de octubre de 1974, fecha en que fue trasladado a Melgar, donde esa entidad de seguridad social no tenía cobertura, situación que no estaba bajo el control del empleador, y luego cuando comenzó la cobertura en esa localidad se le afilió inmediatamente para dar cumplimiento a tal obligación, lo que ocurrió el 1° de enero de 1982; que el accionante no llevaba más de 10 años de servicios al 1° de enero de 1967, cuando se hizo cargo el Instituto de Seguro Social de las pensiones de vejez, para tener derecho a una pensión compartida entre el demandado y el ISS; y que el actor al celebrar conciliación por la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, declaró a paz y salvo al banco por todas las acreencias surgidas del vínculo laboral.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Melgar, conoció de la primera instancia y le puso fin a través de la sentencia calendada 30 de mayo de 2003, en la que declaró la existencia del contrato de trabajo y condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar al actor una pensión de jubilación vitalicia, equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para cada año con los reajustes legales, debiéndose cancelar las mesadas en forma retroactiva al 13 de junio de 1998, así mismo, ordenó al banco demandado que afilie al accionante y su núcleo familiar al plan obligatorio de salud (EPS) que éste escoja, declaró probada la excepción de prescripción en relación con las mesadas pensionales causadas entre el 15 de noviembre de 1995 y el 12 de junio de 1998, y no demostrados los otros medios exceptivos, absolvió de las demás súplicas incoadas e impuso costas a la parte vencida.

IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Apeló la parte demandada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con sentencia que data del 4 de noviembre de 2004, modificó la decisión de primer grado para declarar que el demandante adquirió su derecho a una pensión de vejez a partir del 15 de noviembre de 2000, el que debe ser reconocido y pagado por el ente demandado a razón de un salario mínimo legal mensual vigente para esa época, con los incrementos legales sufridos a partir de esa fecha, al igual declaró no probadas las excepciones propuestas por la accionada y confirmó en todo lo demás el fallo apelado, disponiendo las costas de la segunda instancia a cargo del banco.

El ad-quem encontró que para la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales asumió la cobertura del riesgo de vejez en el municipio del Espinal, que lo fue el 2 de febrero de 1970, el demandante no contaba aún con los 10 años de servicios a que se refiere el artículo 61 del Acuerdo 224 de 1966, como quiera que ingresó a laborar para la demandada el 18 de noviembre de 1963, y es por ello, que la pensión en un principio estaría a cargo del ISS; que en vista de que el empleador, por el motivo que haya sido, posteriormente dejó de cotizar para el riesgo de vejez, tanto en el lapso comprendido entre el 16 de octubre de 1974 al 31 de diciembre de 1981, como en los meses de enero de 1983, julio a septiembre y diciembre de 1987, enero a marzo, mayo y septiembre de 1988, le impidió al accionante consolidar su derecho con el seguro social, al completar apenas 430 semanas aportadas aproximadamente; que si bien es cierto, el actor en un comienzo estuvo amparado por esta contingencia, desde el 2 de febrero de 1970 cuando fue

afiliado al ISS, también lo es, que al darse luego el traslado de su puesto de trabajo a un sitio sin cobertura, por disposición del empleador en ejercicio del ius variandi, dicha determinación le produjo efectos adversos al no poder continuar cotizando; que el demandado no tomó las medidas conducentes para prevenir o remediar el perjuicio que con esa decisión le causó a su empleado, quedando por tanto a su cargo la pensión reclamada; que al ser el Acuerdo 049 de 1990 artículo 12, la norma aplicable, dado el régimen de transición del cual era el accionante beneficiario, y que el artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo fue derogado, el reconocimiento de la pensión de vejez lo será a partir de que el actor cumpla los 60 años de edad, sin perjuicio de que la empleadora pueda llegar a cubrir el valor de las cotizaciones pendientes para lograr la subrogación del derecho pensional.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal textualmente se sustenta en lo siguiente:

"(...) 3°.- La situación fáctica establecida dentro del expediente es la siguiente: El demandante laboró al servicio de la demandada desde el 18 de noviembre de 1963, hasta el 19 de noviembre de 1988, lo cual se demuestra con la copia de la liquidación del contrato de trabajo que se insertó al folio 10 del informativo, es decir, sirvió sin interrupción durante 25 años y un día. Nació el 15 de noviembre de 1940, por lo que cumplió 55 años de edad el 15 de noviembre de 1995.

La sentencia que menciona tanto el Juez en su fallo como el apelante en su escrito, elabora una hermenéutica que aún hoy después de muchos años conserva plena vigencia, pero que necesita ser adecuada a la tendencia actual de lo que podía llamarse el Derecho de la Seguridad Social. Se tomará en cuenta la parte que corresponde a la situación del demandante, que a la fecha en que el ISS asumió la cobertura del riesgo de vejez en el municipio de El Espinal (febrero 2/70) no contaba aún con los diez años de servicio a que se refiere el artículo 61 del acuerdo 224 de 1966, como que ingresó a laborar el 18 de noviembre de 1963. Por tal razón es equivocada la conclusión a que arriba la falladora de primera instancia, porque de manera inconsulta estima que los diez años a que se refiere el mencionado artículo hacen referencia a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que no, tal como debe entenderse, de la fecha en que el ISS extendió su cobertura a la localidad donde el actor prestaba sus servicios. Según lo anterior, la pensión del señor Ortiz correría a cargo del Seguro Social, y no del empleador, porque, se reitera, para el dos de febrero de 1970, tenía menos de siete años de estar laborando para la demandada.

4°.- Sin embargo, sucede que, tal como lo observa el a quo, y se deduce de la historia laboral aportada por el demandante y remitida por el Seguro Social, la demandada dejó de realizar los aportes para el riesgo de vejez por el lapso comprendido entre el 16 de octubre de 1974 hasta el 31 de diciembre de 1981, sin que tampoco se registren cotizaciones por el mes de enero de 1983, ni los meses de julio a septiembre de 1987, ni tampoco de diciembre de ese año a marzo de 1988, ni tampoco por los ciclos de 1988-05 a 1988-09 del mismo año. Tal omisión, por el motivo que haya sido, le impidió al demandante consolidar su derecho a la pensión de vejez que reconoce el seguro social, como que alcanzan a sumar un número de 430 semanas aproximadamente. No sobra aclarar que, no obstante que el demandante quedó cobijado para el riesgo de vejez desde el dos de febrero de 1970, el traslado de su puesto de trabajo del que fue objeto obedeció a la decisión del empleador en ejercicio del ius variandi, y como tal no puede producir efectos adversos al trabajador que simplemente en obediencia a la expresión patronal de tal facultad, se vio en la necesidad de aceptar la medida, sin que tampoco la entidad bancaria convocada al proceso hubiera tomado las medidas conducentes para prevenir o para remediar el perjuicio que se le ocasionaba al empleado. Tal solución es la que mejor se acomoda al evento que se examina, porque esta Sala considera que no se requiere que el empleador haya violado de una manera

grosera la ley o el reglamento -dejando de afiliarse o de pagar todas las cotizaciones- para que deba asumir las consecuencias de sus actos, sino tan solo que en razón de esa actuación se causen perjuicios al trabajador, a esta fecha ya una persona de la tercera edad.

El reconocimiento y pago de la pensión de vejez operará a partir de la fecha en la cual el demandante cumplió los sesenta años de edad, toda vez que la norma aplicable es el acuerdo 049 de 1990, artículo 12, en virtud de lo dispuesto para el régimen de transición establecido en el artículo 36 del estatuto de la seguridad social integral, en razón a que el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo fue expresamente derogado, para este caso, por el artículo 289 del estatuto mencionado. Lo anterior sin perjuicio de que, de conformidad con los reglamentos del ISS sobre la materia, la persona jurídica demandada pueda llegar a cubrir el valor de las cotizaciones pendientes para lograr la subrogación de la pensión en cabeza de aquella entidad.

Se modificará. entonces. la sentencia impugnada, de acuerdo con las consideraciones antes expuestas, reconociendo la pensión en cuantía igual a un salario mínimo legal a partir del 15 de noviembre de 2000, y como la demanda fue presentada el 13 de junio de 2001, ninguna de las mesadas causadas desde esa fecha queda cobijada por el fenómeno de la prescripción".

V. RECURSO DE CASACION

Inconforme con la anterior determinación, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario y pretende según el alcance de la impugnación, que se CASE parcialmente la decisión del Tribunal, en cuanto confirmó el fallo del a quo sobre el reconocimiento de la pensión de jubilación acorde con el artículo 260 del C.S. del T. y los reajustes de Ley, y en sede de instancia la Corte revoque la sentencia de primer grado, para en su lugar absolver al banco demandado de todas las pretensiones de la demanda inicial, proveyendo lo pertinente en lo que respecta a las costas.

Con tal propósito invocó la causal primera de casación laboral, consagrada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 modificado por el artículo 7° de la Ley 16 de 1969 y formuló tres cargos que no fueron replicados.

Los tres cargos se estudiarán en conjunto, pese a estar el primero orientado por un sendero de violación distinto, habida consideración que persiguen idéntico fin, denuncian normas similares y están estructurados bajo una misma argumentación.

VI. PRIMER CARGO

Acusó la sentencia recurrida de violar por la vía **indirecta**, en la modalidad de **aplicación indebida** los artículos "72 y 76 de la Ley 90 de 1946, artículos 16, 19, 193, 259, 260, 488, 489 del C.S.T., artículo 151 del C. P. Laboral, artículos 11 y 61 del Acuerdo 224 de 1966 del I.S.S. aprobado por el Decreto 3041 de 1966, artículo 10 del Acuerdo 029 del I.S.S. aprobado por el Decreto 2879 de 1985, artículo 14, 36, 50, 142 y 143 de la Ley 100 de 1993, artículo 8° de la Ley 153 de 1887 y artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de 1990".

Violación que dijo el censor se produjo por errores de hecho, consistentes en:

"1°.- Dar por demostrado que el actor cumplió los requisitos para obtener del empleador pensión ordinaria de jubilación.

2°.- No dar por demostrado que la entidad demandada afilió al actor al I.S.S. cuando este asumió

el riesgo en el lugar de trabajo del actor.

3°.- No dar por demostrado que el actor no fue afiliado al I.S.S. cuando trabajo en Melgar (Tolima), porque allí solo comenzó a operar el I.S.S. el 1° de abril de 1994 cuando ya el actor se había retirado de la entidad"

Arguyó que los anteriores errores se originaron como consecuencia de la errónea apreciación o inestimación de las siguientes pruebas:

"(....) PRUEBAS EQUIVOCADAMENTE APRECIADAS.

1° Demanda del actor (fls. 2 a 6).

2° Contestación de la demanda (fl. 28), y liquidación de prestaciones (fl.10).

3° Reportes del I.S.S. sobre algunas cotizaciones (fl. 66 a 68).

4° Registro de nacimiento (fl. 13).

PRUEBAS NO APRECIADAS.

1° Certificación (documento público), sobre las fechas en que el I.S.S. asumió el riesgo de vejez en el Espinal y en Melgar (fl. 64).

2° Certificado del I.S.S. según el cual cuando el actor se retiró tenía 540 semanas cotizadas (fl. 68)".

Para la demostración del cargo se efectuaron los siguientes planteamientos:

"(....) El actor se encontraba con 7 años de servicios cuando el I.S.S. asumió el riesgo de vejez en la ciudad del Espinal (fl. 64) luego su pensión de jubilación! no era compartida con la del I.S.S. según el reglamento, sino que este se había subrogado en la obligación de acuerdo con el artículo 259 del C.S.T..

El ad-quem echa de menos que el empleador no había hecho las cotizaciones desde el 16 de octubre de 1974 pero es que en esa fecha se trasladó a Melgar como lo confiesa su demanda; y mal podía pagar las cotización en Melgar cuando los riesgos fueron asumidos el 1° de abril de 1994 como lo certifica el I.S.S. en el documento del fl. 64. A pesar de ello el Banco efectuó algunas cotizaciones fuera de Melgar posiblemente en el Espinal del año de 1974 al año de 1998 y por ello el I.S.S. certifica que el cotizó 540 semanas (fl. 68) pero esto no quiere decir que el I.S.S. podía recibir esas cotizaciones porque el actor no trabajaba en el Espinal sino en Melgar donde no había cubrimiento en el riesgo de vejez, según su propio certificado.

Luego, la decisión del ad quem es desatinada porque no puede atribuirse culpa al empleador, que en aquel entonces no tenía obligación de pagar cotizaciones en un lugar que el I.S.S. no cubría según su propio certificado".

VII. SEGUNDO CARGO

Atacó la sentencia del Tribunal de violar por la vía directa, en el concepto de aplicación indebida, el mismo conjunto normativo denunciado en el cargo anterior, excepto los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo de Trabajo, 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de igual año.

En el desarrollo de la acusación, la censura se remitió a lo expuesto por la Corte en sentencia del 8 de noviembre de 1.976 radicado 6508, y concluyó:

"(.....) De manera que esa jurisprudencia el actor que según la sentencia tenía 7 años de servicios cuando el I.S.S. ASUMIÓ EL RIESGO EN EL Espinal, no estaba amparado por el régimen de la pensión compartida con el I.S.S. sino que este había subrogado al empleador, según el artículo 259 del C.S.T.":

VIII. TECER CARGO

El recurrente acusó la sentencia del ad quem por la vía **directa**, en el concepto de **interpretación errónea** de los artículos "19, 20, 259 y 260 del C.S. del T., 8° de la Ley 153 de 1887, 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, 488, 489 del C.S.T., 151 del C.P. Laboral, artículos 11 y 61 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, artículo 10 del Acuerdo 029 del I.S.S. aprobado por el Decreto 758 de 1990, 14 36, 50, 142, 143 de la Ley 100 de 1993".

En el desarrollo del cargo propone lo siguiente:

"(...) La discrepancia radica en el entendimiento equivocado del ad-quem que ordenó el pago de una pensión bajo el supuesto de que el empleador había dejado de cotizar al I.S.S., cuando no lo hizo por que en ese tiempo el I.S.S. no cubría el municipio de Melgar. Si según la demanda el actor no tenía sino 7 años de servicios cuando comenzó a cotizar en el Espinal, y lo acepta la sentencia impugnada cumplió su obligación según la jurisprudencia de la Corte del 8 de noviembre de 1976".

IX. SE CONSIDERA

El ataque se orienta a determinar que la pensión de jubilación implorada, no está a cargo del empleador, por cuanto aquel cumplió con la obligación de afiliar al demandante al Instituto de los Seguros Sociales, una vez hubo cobertura en el lugar de prestación de servicios, época para la cual el trabajador contaba con menos de 10 años de servicios, y que por consiguiente, en sentir del censor, el riesgo de vejez quedó subrogado totalmente conforme a lo dispuesto en el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo y el pronunciamiento jurisprudencial que evoca en la acusación.

En el primer cargo encaminado por la vía indirecta el recurrente le endilga al Tribunal tres errores de hecho, que apuntan a establecer como primera medida que el accionante no cumplió los requisitos para obtener del empleador una pensión ordinaria de jubilación, y en segundo lugar, que el trabajador estuvo afiliado al ISS en los sitios donde existía cobertura, sin que estuviera obligado a pagar cotizaciones en aquellos lugares en los que no había cubrimiento del riesgo de vejez, para lo cual denuncia la equivocada apreciación de unos medios de prueba y la falta de valoración de otros.

Sea lo primero advertir, que en lo concerniente al primer yerro, en el desarrollo del cargo no se indicó cuales son en criterio de la censura, los requisitos que equivocadamente dió por demostrado el juez colegiado para que el demandante pudiera acceder a la "pensión ordinaria de jubilación" a cargo del empleador, ni en que consistió la apreciación equivocada o la falta de estimación de los medios de convicción frente a este puntual aspecto, lo cual conduce a que el primer error se tenga por no demostrado.

Referente al segundo desacierto, importa decir que el Tribunal no desconoció que el actor, que

venía vinculado con el banco demandado desde el 18 de noviembre de 1963, fue afiliado al Instituto de Seguros Sociales, sólo hasta cuando esa entidad asumió el riesgo de pensión en el municipio del Espinal, hecho que tuvo ocurrencia el 2 de febrero de 1970, pues fueron esos precisos supuestos fácticos los que tomó para deducir que para esa fecha, el trabajador "no contaba aún con los diez años de servicio a que se refiere el artículo 61 del acuerdo 224 de 1966" y que "la pensión del señor Ortiz correría a cargo del Seguro Social, y no del empleador, porque, se reitera, para el dos de febrero de 1970, tenía menos de siete años de estar laborando para la demandada", y en estas circunstancias, no pudo el sentenciador incurrir en el yerro enrostrado, ni mucho menos en algún error de valoración.

Del mismo modo, el juez colegiado no ignoró que el accionante cuando trabajó en Melgar - Tolima- dejó de cotizar al ISS por falta de cobertura, dado que para poderse referir al traslado de que éste fue objeto a esa localidad, establecer el no pago de aportes a partir del 16 de octubre de 1974, y estimar que con ello se causó un perjuicio al trabajador que no le permitió consolidar su derecho a una pensión de vejez por cuenta de la entidad de seguridad social, forzosamente debió considerar tal situación y por ende no resulta fundado el tercer error de hecho.

Adicionalmente, en lo que se contrae a las pruebas denunciadas, por lo expuesto anteriormente, las piezas procesales de la demanda y su contestación, y las probanzas de liquidación de prestaciones y el registro civil de nacimiento del actor, están correctamente apreciadas.

Respecto de la historia laboral del demandante, que el recurrente denominó "Reportes del ISS sobre algunas cotizaciones", obrante a folios 66 a 68, no fue mal valorada, toda vez que esa documental muestra lo que coligió el ad quem, esto es, que al presentar varias novedades de "ingreso" y "retiro", existieron períodos en los que no se cotizó y concretamente los relacionados en la sentencia acusada que abarcan del "lapso comprendido entre el 16 de octubre de 1974 hasta el 31 de diciembre de 1981, sin que tampoco se registren cotizaciones por el mes de enero de 1983, ni los meses de julio a septiembre de 1987, ni tampoco de diciembre de ese año a marzo de 1988, ni tampoco por los ciclos de 1988-05 a 1988-09 del mismo año".

En lo que tiene que ver con la certificación del ISS, relativa a las fechas de cobertura del riesgo de invalidez, vejez y muerte en los municipios de Espinal y Melgar (folio 64), que se enuncia como no apreciada, en puridad de verdad esta sí fue tenida en cuenta, así expresamente no se mencione en el texto de la decisión recurrida, en la medida en que el juez de apelaciones determinó como fecha de cubrimiento del riesgo en el Espinal el "2 de febrero de 1970".

Y frente a la documental de folio 68 no es posible tenerla como inapreciada, por la sencilla razón de que aquella corresponde es al oficio remisario de la historia laboral o reporte de semanas cotizadas de los folios 65 y 66, que es la prueba en la que se basó el juzgador para determinar los períodos no cotizados.

Por lo dicho, se concluye, que los errores de hecho atribuidos a la sentencia impugnada no se lograron acreditar.

Pasando al segundo cargo dirigido por la vía del puro derecho, cuyo sustento radica en que por tener el demandante siete (7) años de servicio cuando empezó el cubrimiento en el municipio del Espinal, su pensión debe ser a cargo exclusivo del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo y la enseñanza contenida en el pronunciamiento jurisprudencial que se remonta al 8 de noviembre de 1976 radicado 6508, según la cual los trabajadores que a la fecha en que el ISS asuma el riesgo de vejez, no hayan

completado 10 años de servicios, la subrogación a los empleadores en la obligación de pagar pensión de jubilación es total; no demuestra la comisión de un yerro jurídico.

En efecto, vista la motivación de la sentencia atacada, el Tribunal le imprime plena vigencia a la jurisprudencia en comento, al considerar en este punto equivocada la postura del a quo, y concluir que "la pensión del señor Ortiz correría a cargo del Seguro Social, y no del empleador, porque, se reitera, para el dos de febrero de 1970, tenía menos de siete años de estar laborando para la demandada", lo que coincide con el planteamiento del censor, en el sentido de que en estos eventos el Instituto de Seguros Sociales subroga al empleador.

Cabe agregar, que el juez de segundo grado dispuso que la pensión sea a cargo del empleador, pero fundado en razonamientos distintos a los que giran en torno al tiempo de servicios para el instante en que comenzó la cobertura en la ciudad del Espinal. Ciertamente fueron dos reflexiones las que llevaron al sentenciador a establecer, que pese a la regla esbozada en el aludido pronunciamiento jurisprudencial, el ISS en el asunto a juzgar no subrogó el riesgo. Veamos:

La primera es atinente a la omisión por parte del empleador al dejar de cotizar durante varios ciclos, cuando aseveró "Sin embargo, sucede que, tal como lo observa el a quo, y se deduce de la historia laboral aportada por el demandante y remitida por el Seguro Social, la demandada dejó de realizar los aportes para el riesgo de vejez por el lapso comprendido entre el 16 de octubre de 1974 hasta el 31 de diciembre de 1981, sin que tampoco se registren cotizaciones por el mes de enero de 1983, ni los meses de julio a septiembre de 1987, ni tampoco de diciembre de ese año a marzo de 1988, ni tampoco por los ciclos de 1988-05 a 1988-09 del mismo año. Tal omisión, por el motivo que haya sido, le impidió al demandante consolidar su derecho a la pensión de vejez que reconoce el seguro social, como que alcanzan a sumar un número de 430 semanas aproximadamente".

Y la segunda relativa al traslado del accionante a un sitio donde no hay cobertura, impidiéndole continuar cotizando, motivado por una decisión unilateral del empleador a la que el trabajador no se podía rehusar, al expresar "No sobra aclarar que, no obstante que el demandante quedó cobijado para el riesgo de vejez desde el dos de febrero de 1970, el traslado de su puesto de trabajo del que fue objeto obedeció a la decisión del empleador en ejercicio del ius variandi, y como tal no puede producir efectos adversos al trabajador que simplemente en obediencia a la expresión patronal de tal facultad, se vio en la necesidad de aceptar la medida, sin que tampoco la entidad bancaria convocada al proceso hubiera tomado las medidas conducentes para prevenir o para remediar el perjuicio que se le ocasionaba al empleado".

De estas dos conclusiones esenciales del Tribunal, la censura dejó libre de ataque la segunda, que se traduce en que el empleador no debió trasladar al demandante sin garantizarle su seguridad social, que ya ostentaba al venir asegurado desde que se inició la cobertura en la ciudad del Espinal, porque seguramente de no haber existido esa situación y si se hubiere mantenido afiliado, habría reunido las semanas suficientes para pensionarse con el Instituto de Seguros Sociales.

Así las cosas, el no combatir todos los soportes de la decisión, trae como consecuencia que la sentencia recurrida se mantenga incólume, independiente de su acierto, por quedar respaldada con la argumentación que no fue materia de ataque, y gozar de la presunción de legalidad, resultando insuficiente cualquier acusación parcial que se realice, así le asista razón a la crítica.

Con todo, si se dejara a un lado lo anterior, y se prosiguiera con el estudio de la primera reflexión del ad quem y que también es materia de cuestionamiento en el tercer cargo, cuando se argumentó que el entendimiento equivocado de las normas que se estiman violadas, consiste en que se "ordenó el pago de una pensión bajo el supuesto de que el empleador había dejado de cotizar al I.S.S., cuando no lo hizo porque en ese tiempo el I.S.S. no cubría el municipio de Melgar", es pertinente arribar al siguiente análisis:

La cobertura del Instituto de Seguros Sociales en el territorio colombiano fue gradual, pues si bien en un comienzo estuvo a cargo del empleador todo lo relacionado con la materia pensional, posteriormente con el régimen de transición de las pensiones de jubilación, se fue subrogando el riesgo en la medida que el cubrimiento se extendía a los distintos lugares de prestación de servicios, ello con el objeto de que dicha carga prestacional fuera asumida conforme a la Ley y los reglamentos emitidos por el mismo Instituto, en los términos del artículo 259 del Código Sustantivo de Trabajo. De modo que, las prestaciones patronales continuaban a cargo de los empleadores obligados mientras los riesgos de invalidez, vejez y muerte fueran asumidos por el Seguro Social.

Esta Corporación, referente al régimen de transición de las pensiones de jubilación, ha dejado 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" (Sentencia del 22 de septiembre de 1998 radicado 10.805).

De suerte que, el grado de responsabilidad del empleador en este aspecto, así como la determinación del régimen aplicable depende de la zona geográfica en la que se ejecuta el contrato de trabajo, pues al no existir cobertura en una región por no haberse llamado a inscripción y consecuentemente obligación de afiliar a los trabajadores, no sería dable hablar de incumplimiento u omisión del patrono.

De acuerdo con lo acotado, a primera vista se podría pensar que tiene sustento la postura del recurrente, por virtud de que siendo la fecha de ingreso del actor el 18 de noviembre de 1963, y que conforme se desprende de la certificación de folio 64, el Instituto de Seguros Sociales dió inicio a la cobertura en el Municipio del Espinal (Tolima) a partir del día 2 de febrero de 1970, lugar donde en un principio el trabajador prestó sus servicios, éste se ubica dentro del grupo de trabajadores con menos de 10 años de servicios, y por consiguiente su derecho pensional estaría sujeto en su integridad a los reglamentos de ese Instituto, quedando subrogada la pensión de jubilación, aunado a que durante el tiempo que aquel trabajó en Melgar (Tolima), no había en ese sitio cubrimiento y por tanto no existía la posibilidad de cotizar para el riesgo de vejez, dado que como se lee en la citada certificación, allí la cobertura tuvo lugar mucho tiempo después del retiro del trabajador, específicamente desde el 1° de abril de 1994.

Empero en el asunto bajo examen, nos encontramos frente a un caso especialísimo no regulado en los acuerdos o reglamentos del Instituto de Seguros Sociales sobre el régimen de la pensión de vejez a cargo de esa entidad, puesto que de los 25 años de servicios continuos e ininterrumpidos que el demandante le prestó al banco demandado, solamente cotizó entre el 2 de febrero de 1970

y 16 de octubre de 1974, esto es, es algo más de 4 años, y luego a partir del 1° de enero de 1982 con intervalos de tiempo y solamente en algunos ciclos habidos hasta cuando se produjo su retiro que lo fue el 19 de noviembre de 1988, según consta en la historia laboral emanada del ISS obrante a folio 65 y 66.

Acogiendo los supuestos fácticos indiscutidos en el proceso, encontramos que el accionante se vinculó al BANCO DE COLOMBIA S.A. y comenzó a laborar el 18 de noviembre de 1963 en la ciudad del Espinal (Tolima), donde se llamó a inscripción sólo a partir del 2 de febrero de 1970, fecha en la cual a éste se le afilió al ISS, alcanzando a cotizar en esa región hasta el 16 de octubre de 1974, pues a partir de ese momento su empleador lo trasladó al Municipio de Melgar (Tolima) en el que no existía cobertura, y en tales condiciones prestó sus servicios hasta su retiro definitivo (19 de noviembre de 1988), dejando claro que a partir del año 1982 se hicieron algunos aportes esporádicos efectuados en otra ciudad, según la correspondiente historia laboral.

En los términos anotados, no resulta lógico, razonado, ni justo entender que un trabajador con 25 años de servicios a un mismo patrono, no tenga derecho a su pensión, por el hecho de no encuadrar su situación en alguna de las alternativas que le permitan que la demandada o la entidad de seguridad social asuman el riesgo de vejez, con el argumento de que por el tiempo de servicios que tenía al momento de la afiliación al Seguro Social (menos de 10 años), sumado a la falta de cobertura en el último lugar donde laboró, se entraría a exonerar de responsabilidad a su empleador; y a su turno, por no tener las semanas de cotización suficientes, el ISS no estaría en la obligación de reconocer esa carga prestacional; dejando al empleado en una posición de inequidad, al tener que sufrir injustificadamente unas consecuencias frente a las que no tiene culpa alguna.

En el anterior orden de ideas, estima la Sala que por virtud de la finalidad que deben tener las normas protectoras de la seguridad social, antes y después de la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, la inscripción o afiliación al sistema debe tener vocación de permanencia, pues no tiene ningún sentido que a un trabajador que prestó sus servicios por espacio ininterrumpido de 25 años a un empleador bajo un mismo contrato de trabajo, donde parte de su vida laboral permaneció por fuera de la cobertura del ISS, se le impida tener derecho a la pensión, y con mayor razón como sucede en el sub lite, que la pérdida al beneficio de la seguridad social fue propiciada por el patrono al trasladarlo a una zona sin cobertura social.

La verdad es que, ese traslado del lugar de trabajo, a uno donde no hay cobertura, de una persona que venía gozando de afiliación, sin que se entrara a garantizar el derecho a la seguridad social protegido legal y constitucionalmente (artículos 48 y 53 de la Constitución Política), así se aduzca la no responsabilidad del empleador arguyendo no estar obligado a cotizar por falta de cobertura, no tiene la identidad suficiente que conlleve a evitar que el trabajador afectado pueda reclamar la pensión a su patrono, que cuando se presenta controversia como en el asunto de marras sea el operador judicial quien defina el derecho según lo acontecido.

Es que habría que entender a más de lo anterior, que es razonable concluir, que para efectos de la seguridad social, cuando el trabajador es trasladado bajo un mismo contrato de trabajo a un municipio donde no exista cobertura del ISS, teniendo en su haber solamente una cotización temporal y no permanente, precaria para la obtención de una pensión de vejez, que se pueda considerar nuevamente para esos precisos fines, como si la relación laboral se reiniciara, pues no es lógico que en esa otra etapa se mantenga por más de 10 años sin seguridad social, antes de que se pueda presentar en el nuevo lugar de trabajo el llamado a inscripción, sin que le asista responsabilidad alguna a ese empleador, como se pretende sostener que fue lo que finalmente

tuvo ocurrencia en el sub examine, en donde se dejó de cotizar permanentemente entre el 16 de octubre de 1974 y el 19 de noviembre de 1988, esto es, por más de 14 años.

Por todo lo acotado, la solución que dio el fallador de alzada a la presente controversia es la que más se aviene en estricto derecho a la luz de la ley y la Constitución, lo cual no va en contravía de los pronunciamientos jurisprudenciales anteriores que se mantienen vigentes, como es el caso de la sentencia del 8 de noviembre de 1976 radicado 6508 y por tanto la obligación pensional a favor del demandante, mientras el Instituto de Seguros Sociales no asuma el riesgo, en justicia debe quedar a cargo del empleador llamado al proceso.

Colofón a lo anterior, es que el Tribunal no pudo incurrir en ninguno de los yerros endilgados por la censura, al considerar que era la demandada quien debía reconocer la pensión al actor en los mismos términos en que lo hubiera hecho el ISS, que era la entidad que en un principio por el tiempo de servicios para el momento en que inició cobertura en el Municipio del Espinal (menos de 10 años), debía reconocer el derecho si la densidad de semanas cotizadas hubiera sido suficiente, y por ende los cargos no prosperan.

No hay lugar a costas en el recurso extraordinario toda vez que no hubo replica.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 4 de noviembre de 2004, en el proceso adelantado por DOMINGO ORTIZ contra el BANCO DE COLOMBIA S.A..

Sin costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLIQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA

CARLOS ISAAC NADER

EDUARDO LOPEZ VILLEGAS

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GOMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGRO

ISAURA VARGAS DIAZ

MARIA ISMENIA GARCIA MENDOZA

Secretaria

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

