

Radicación n.º 43182

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Magistrado ponente

SL14388-2015

Radicación n.º 43182

Acta 37

Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la SOCIEDAD DE FABRICACIÓN DE AUTOMOTORES – SOFASA S.A. - contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 19 de junio de 2009, dentro del proceso ordinario laboral que promovió en su contra y del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el señor ÓSCAR DE JESÚS ZAPATA MEJÍA.

I. ANTECEDENTES

El señor Óscar de Jesús Zapata Mejía presentó demanda ordinaria laboral en contra de la Sociedad de Fabricación de Automotores – Sofasa S.A. – y el Instituto de Seguros Sociales, con el fin de obtener el reconocimiento de una pensión de vejez, a partir del 9 de junio de 1998, junto con el respectivo retroactivo pensional.

Señaló, para tales efectos, que estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales y cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, además de que registró como último empleador al señor Fredis Carmona Ortiz; que también laboró para la Sociedad de Fabricación de Automotores – Sofasa S.A. – entre el 12 de enero de 1976 y el 2 de septiembre de 1988, según da cuenta una certificación expedida por el presidente de la empresa, pero en su historia laboral no aparecen reportadas todas las cotizaciones correspondientes a dicho vínculo; que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, ante el Instituto de Seguros Sociales, pero su petición fue negada, con el argumento de que tan solo había reunido 631 semanas cotizadas, de las cuales 489 correspondían a los 20 años anteriores a la fecha en la cual cumplió la edad de 60 años; y que interpuso recurso de reposición en contra de la decisión, pero la misma fue confirmada.

El Instituto de Seguros Sociales se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Expresó que los hechos no le constaban y propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

La Sociedad de Fabricación de Automotores – Sofasa S.A. – también se opuso a la prosperidad de las súplicas elevadas en su contra. Admitió que el demandante le había prestado sus servicios en las fechas indicadas en la demanda, así como las decisiones emitidas por el Instituto de Seguros Sociales, en las que negó el otorgamiento de la pensión de vejez. En torno a los demás hechos, sostuvo que no le constaban, y advirtió que había afiliado al actor al Instituto de Seguros Sociales, por lo que era dicha institución la que debía responder por el riesgo pensional. En su

defensa planteó las excepciones de prescripción, carencia de derecho sustantivo, petición de lo no debido y buena fe.

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, el Juzgado Quinto Laboral de Descongestión del Circuito de Medellín profirió fallo, por medio del cual, en su numeral primero, condenó al Instituto de Seguros Sociales a reconocerle y pagarle al actor la pensión de vejez, a partir del 9 de junio de 1998, liquidada de acuerdo con lo previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, en su numeral segundo, absolvió a la Sociedad de Fabricación de Automotores – Sofasa S.A. – de todas las pretensiones formuladas en su contra.

I. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Instituto de Seguros Sociales, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, a través de la sentencia del 19 de junio de 2009, revocó la decisión emitida por el juzgador de primer grado «...en cuanto le impuso la obligación pensional al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y, en su lugar, condena al pago de ésta a la SOCIEDAD DE FABRICACIÓN DE AUTOMOTORES S.A. (SOFASA S.A.)...»

Para justificar su decisión, el Tribunal advirtió que estaban por fuera de toda controversia los siguientes supuestos fácticos: i) que el actor había cumplido la edad de 60 años el 9 de junio de 1998 y era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; ii) que el Instituto de Seguros Sociales le había negado el otorgamiento de la pensión de vejez, porque no reunía 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores a la fecha en la que cumplió 60 años de edad; iii) y que había trabajado de manera ininterrumpida para la Sociedad de Fabricación de Automotores – Sofasa S.A. – desde el 12 de enero de 1976 hasta el 2 de septiembre de 1988, además de que durante el periodo comprendido entre el 21 de septiembre de 1982 y el 31 de mayo de 1983, no le aparecían cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

De igual forma, destacó que el juzgador de primer grado había considerado, en esencia, que el cómputo de las cotizaciones que no fueron realizadas por Sofasa S.A., durante la vigencia de la relación laboral, le permitía al actor adquirir la pensión de vejez, pues con ellas alcanzaba las 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores a la fecha en la que cumplió 60 años de edad. Asimismo, resaltó que, para dicho juzgador, en estos casos, de acuerdo con la jurisprudencia emanada de esta Corporación, la obligación pensional debía asumirla el Instituto de Seguros Sociales y no la sociedad empleadora, por haber tenido a su disposición las respectivas acciones de cobro sobre los aportes no efectuados.

Dicho ello, indicó que no compartía ese planteamiento, «...pues en definitiva... la responsabilidad no es del Instituto de Seguros Sociales sino de la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A.» Para dar cuenta de esta conclusión, explicó, en primer lugar, que «...la Ley 100 de 1993 y los criterios jurisprudenciales que se han derivado de ésta, no resultan aplicables al presente caso, dado que el período en que no se realizaron aportes, es decir, el comprendido entre el 21 de septiembre de 1982 y el 31 de mayo de 1983, es anterior a esta normatividad y a las decisiones jurisprudenciales que se referenciaron, las cuales por cierto tienen un sustrato argumentativo diferente, por cuanto se fincan en el retraso de los aportes y no en una no afiliación.»

En segundo lugar, afirmó que en este caso no se había demostrado la existencia de una mora en

el pago de cotizaciones, sino que se trataba de una falta de afiliación del trabajador, en la medida en que el 20 de septiembre de 1982 se había radicado una novedad de retiro al sistema de pensiones, y el 2 de enero de 1984 una novedad de ingreso, «...lo que lleva a pensar que jamás el Instituto de Seguros Sociales pudo haber ejercido sus acciones de cobro, y si ello es así jamás se le puede imputar negligencia o descuido.»

Subrayó también que las disposiciones del Acuerdo 189 de 1965, aprobado por el Decreto 1824 de 1965, que regulaban lo relacionado con las afiliaciones a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, «...jamás señalaban como responsable al Instituto de Seguros Sociales, sino que tal calificación quedaba en cabeza del empleador...» Citó, en ese sentido, los artículos 6 y 8 de la referida norma, y, por último, recalcó que «...la sociedad demandada por parte alguna arrimó prueba idónea, como era su deber en los términos del artículo 177 del C. de P.C., que permitiera colegir que efectivamente en el periodo echado de menos se hicieron los aportes correspondientes.»

I. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el apoderado de la Sociedad de Fabricación de Automotores – Sofasa S.A.-, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

I. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida y que, en sede de instancia, confirme la decisión emitida por el juzgador de primer grado.

Con tal propósito formula tres cargos, oportunamente replicados y que pasan a ser examinados por la Corte.

I. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia recurrida de haber incurrido en una «...interpretación errónea de los Artículos 6º y 8º del Decreto 1824 de 1965, reglamentó (sic) de inscripciones, aportes y recaudos de seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte, administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, en la teoría de la progresividad del sistema de seguridad social, en el tránsito de normas en el Decreto 2665 de diciembre 26 de 1988 Artículos 1º, 12 y 73 numeral 3º, reglamento de sanciones, cobranzas y procedimientos del Instituto de Seguros Sociales, Ley 100 de 1993 Artículo 24, lo cual llevo (sic) a la no aplicación del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los Artículos 11 y 12 del Decreto 758 de 1990, todo dentro del principio del mandato de la retrospectividad de la Ley laboral siguiendo el mandato del Artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo.»

En desarrollo del cargo, el censor expone:

Partiendo de ser la norma la adecuada y aplicada por el fallador, para decidir el conflicto objeto de este proceso, ante la no claridad de la misma en su espíritu y contenido, esté (sic) se aparto (sic) de su intención, al contener la expresión de una obligación meramente potestativa por parte del Seguro Social apartándose del pensamiento de la norma, al facultarlo para reconocer la prestación y luego realizar el cobro al empleador (Decreto 1824 de 1965 artículo 6º); en norma posterior del citado decreto traslada la obligación al empleador, condicionada a subsistir la mora del empleador (Decreto 1824 de 1965 artículo 8º); de su lectura se presenta un equivocado juicio de valor en la intención o mandato de la norma, en la denominada progresividad del sistema de

seguridad social, desde su universalidad, solidaridad y eficiencia, como lo manda el artículo 48 de la Constitución Nacional y la adición contenida en el acto legislativo número 1 de 2005, desarrollado en los principios de la Ley 100 de 1993 Artículos 2° a 4°, aquí la distorsión mental del juzgador al cambiar el sentido del precepto que gobierna el caso litigado.

El efecto de las Leyes en el tiempo (Artículo 16 C.S.T.), frente al sistema de seguridad social, el decreto 2665 de diciembre 26 de 1998, reglamento de sanciones, cobranzas y procedimientos del Instituto de los Seguros Sociales, describe los efectos de la conducta de mora, ordenando al Seguro Social el cobro de los aportes, para lo cual da la (sic) herramientas procesales y en el Artículo 73 numeral 3° define y dice cuando una deuda es irrecuperable o incobrable, por lo que hasta tanto no sea declarado, se deben tener por validas (sic) transitoriamente las cotizaciones de ese periodo de tiempo, lo que desaparece una vez sea declarada incobrable (ver sentencia de esta corporación de fecha julio 22 de 2008 radicado 34270, citada en sentencia 32883 de mayo 5 de 2009...)

Sin ser titular de la pensión de vejez el señor Óscar de Jesús Zapata Mejía, se inicia la vigencia de la Ley 100 de 1993, la que en el Artículo 24, ordena de manera perentoria a las entidades del sistema de seguridad social, adelantar las acciones de cobro, con motivo de incumplimientos de los empleadores, dándole a la liquidación la calificación de prestar mérito ejecutivo.

En la obligación de ingreso, retiro y pago de aportes al sistema de seguridad social, por el riesgo de invalidez, vejez y muerte, las Leyes de cobro de aportes en el transito (sic) legislativo hasta consolidar el derecho el 9 de junio de 1998, detallada en la demostración del cargo desde el Decreto 1824 de 1965 Artículo 6° hasta la Ley 100 de 1994 (sic) Artículo 24, dan al Seguro Social, la fuerza coercitiva de cobro de los aportes, para no hacer nugatorio el derecho del beneficiario, quien es un tercero en la relación acreedor – deudor, aquí es la equivocada interpretación de estas normas por el fallador y por eso no aplicó el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, régimen de transición, que confiere al trabajador el derecho a ser titular de la pensión de vejez en la regulación del Decreto 758 de 1990 Artículos 11 y 12, como de forma acertada lo concluye la juez de primera instancia cuando concluye:

"Ahora, encontrándose éste AFILIADO al ISS para los riesgos de IVM, a través de su empleadora Sofasa S.A. desde el 15 de enero de 1976 hasta el 5 de septiembre de 1988 (folio 66 y 67), dicha entidad de seguridad social a partir de la introducción del Sistema General de Pensiones por la Ley 100 de 1993, ante la mora de la empleadora respecto del periodo comprendido entre el 21 de septiembre de 1982 al 31 de mayo de 1983, que resulta trascendental en el reconocimiento pensional, contó con la facultad de ejercer las respectivas ACCIONES DE COBRO por las semanas dejadas de cancelar (artículo 22 de la Ley 100/1993), sin que la omisión en el ejercicio de las mismas, sea óbice para desconocer el derecho irrenunciable a la seguridad social del actor, el cual se encuentra a su cargo como administrador del sistema general de pensiones."

Con este planteamiento, teniendo el criterio auxiliar de las sentencias citadas por el juez de primera instancia (Artículo 230 Constitución Nacional), debe casarse la sentencia y confirmar la sentencia del Juez A – quo, para ser reconocido el derecho al trabajador beneficiario del sistema de Seguridad Social.

El apoderado de la parte demandante aduce que el recurrente no desvirtúa en forma coherente y lógica todas las inferencias de la decisión del Tribunal, que se relacionan con una falta de inscripción parcial al sistema de pensiones y no con una mora en el pago de los aportes. Dice también que el recurrente no ataca las conclusiones relativas a la imposibilidad de imputarle negligencia a la entidad de seguridad social y a la falta de prueba de que la sociedad recurrente pagó las cotizaciones por pensión, correspondientes a toda la vigencia de la relación laboral.

Por su parte, el apoderado del Instituto de Seguros Sociales destaca que el alcance de la impugnación del recurso es impreciso, en la medida en que, por la condición de litisconsorte facultativo de la sociedad recurrente, no puede perseguir, en sede instancia, una condena frente al Instituto de Seguros Sociales. Asimismo, reitera que en este caso el Tribunal dio por sentada una falta de afiliación del trabajador al sistema de pensiones y no una mora en el pago de los aportes, de manera que el cargo parte de un supuesto equivocado.

I. CONSIDERACIONES

Como primera medida, la Corte debe subrayar que las falencias técnicas que le endilgan los opositores al cargo no tienen la entidad suficiente para impedir un estudio de fondo de los reproches allí planteados.

Así, en cuanto a la postura del Instituto de Seguros Sociales, es necesario advertir que el proceso estuvo enderezado a determinar, tanto la posibilidad de otorgarle al demandante una pensión de vejez, como a definir a cuál de las dos demandadas le correspondía asumir su pago. Por tales razones, no resultaba inadecuado que la sociedad recurrente, a través del alcance de la impugnación, le endilgara la responsabilidad del reconocimiento de la prestación al Instituto de Seguros Sociales y que, por lo mismo, solicitara la confirmación de la providencia de primer grado, en sede de instancia.

Frente a la objeción técnica que comparten los dos opositores, aunque el cargo no es un ejemplo de claridad, lo cierto es que es posible inferir de allí un ataque suficiente y técnicamente planteado contra la decisión del Tribunal, que aboga por una lectura debida de los Decretos 1824 de 1965 y 2665 de 1988, así como por la aplicación de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, fruto de lo cual, en los términos de la censura, es posible deducir que el trabajador tiene derecho al reconocimiento de la pensión por parte de la entidad de seguridad social respectiva, con la posibilidad de recobrar los aportes al empleador, independientemente de que se hubiera producido una falta de afiliación o una mora en el pago de las cotizaciones al sistema de pensiones.

Por lo mismo, se repite, las objeciones técnicas endilgadas al cargo no resultan atendibles.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el fondo de la acusación, el Tribunal asumió como supuestos fácticos no sometidos a controversia, el hecho de que el actor arribó a la edad de 60 años el 9 de junio de 1998; que era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; que se le había negado el reconocimiento de la pensión de vejez, por no tener 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima; que laboró ininterrumpidamente para Sofasa S.A. desde el 12 de enero de 1976 hasta el 2 de septiembre de 1988; y que, a pesar de ello, entre el 21 de septiembre de 1982 y el 31 de mayo de 1983 no le aparecían cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Igualmente, con fundamento en esa base fáctica y para justificar su decisión, dicha Corporación reivindicó dos reglas jurídicas diferentes, a saber: i) que las normas llamadas a regular los

incumplimientos en la afiliación o en el pago de las cotizaciones al sistema de pensiones son las vigentes en el momento de presentarse la respectiva omisión y no las posteriores, por lo que, para este caso, no era aplicable «...la Ley 100 de 1993 y los criterios jurisprudenciales que se han derivado de esta...»; ii) y que la «mora» en el pago de los aportes es diferenciable en sus consecuencias frente a la «falta de afiliación» al sistema de pensiones, pues, en este último caso, que es el del actor, no es posible imputarle negligencia o descuido a la entidad de seguridad social, de manera que, con fundamento en los reglamentos de afiliación al Instituto de Seguros Sociales, es el empleador el que debe asumir el riesgo pensional.

Descrita en estos términos la estructura de la sentencia gravada, para la Sala el Tribunal efectivamente incurrió en varios errores jurídicos, como pasa a verse.

1. Normas llamadas a regular las hipótesis de omisión en la afiliación, dadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En primer lugar, el Tribunal erró al negar la posibilidad de que la omisión en la afiliación del actor al sistema de pensiones se resolviera con arreglo a las disposiciones de la Ley 100 de 1993, sus reglamentos y sus precisiones en la jurisprudencia.

En torno a este tópico, a partir de sentencias como la CSJ SL, 27 en. 2009, rad. 32179, reiterada en las CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 42398; CSJ SL464-2013 y CSJ SL16715-2014, esta Sala de la Corte ha definido que las normas llamadas a definir los efectos de la «falta de afiliación» o de la «mora» en el pago de los aportes al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del derecho, son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados. Ello a diferencia de los procedimientos de cobro de aportes en mora e imputación de pagos a cargo de las entidades de seguridad social, que, por su naturaleza, sí deben regirse por las normas vigentes al tiempo de la omisión.

Ha dicho la Sala, en ese sentido, 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.» Ver CSJ SL2731-2015.

Específicamente, frente a la aplicación de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, en torno a los efectos de las omisiones de afiliación al sistema de pensiones, generadas con anterioridad a su vigencia, que el Tribunal negó y que la censura reclama, la Sala ha sostenido que el propósito de esas normatividades fue precisamente el de referirse a los incumplimientos de las obligaciones del empleador, dados con anterioridad a la expedición del sistema integral de seguridad social, por lo que la aptitud de esas reglas, para regular esas situaciones, además de lógica, es clara y acorde con los principios de aplicación de la ley laboral en el tiempo. En la sentencia CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 42398, reiterada en la CSJ SL646-2013, la Sala señaló al respecto:

Lo anterior concuerda y se complementa con lo dicho por esta Sala en la sentencia 32179 de 2009 en relación con la aplicación del citado Decreto 3798 de 2003 para liquidar la reserva

actuarial de un empleador omiso **frente a tiempos laborados antes de la Ley 100 de 1993.**

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

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

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

El inciso 6° del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, prevé la solución frente a la eventualidad referida, al establecer que " ... En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994".(El subrayado es de la Sentencia).

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

En este orden de ideas, concluye la Sala que no se equivocó el ad quem al confirmar la aplicación del D. 1887 de 1994 para efectos de liquidar la condena al título pensional impuesta al demandado en razón de su omisión de afiliación a tiempo de la actora, pues está visto que dicha preceptiva era justamente la aplicable al caso, eso sí con la observancia del mandato legal contenida en el inciso primero del Parágrafo 1°, tanto del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993 como con la modificación introducida con el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, sobre que el

cálculo debe ser "a satisfacción de la entidad administradora". (Resalta la Sala).

La anterior postura está acorde con el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes. De ahí que en la actual evolución jurisprudencial de la Sala, se haya adoptado la posición de establecer que es la ley vigente en el momento en el que se consolida el derecho, la que regula las consecuencias de la falta de afiliación o la mora en el pago de aportes, en relación precisamente con esa consolidación.

En este caso, el actor nació el 9 de junio de 1938 y cumplió la edad de 60 años el 9 de junio de 1998 (fol. 9, 20 y 21), como lo dedujo el Tribunal y no se discute en el cargo, además de que pretende el reconocimiento de la pensión de vejez desde dicha fecha, por lo que su eventual derecho se habría consolidado en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, por lo mismo, tal normatividad resultaba plenamente aplicable para definir la controversia relacionada con su falta de afiliación al sistema de pensiones.

En tales términos, el Tribunal incurrió en un error jurídico al determinar que «...la Ley 100 de 1993 y los criterios jurisprudenciales que se han derivado de ésta, no resultan aplicables al presente caso, dado que el período en que no se realizaron aportes, es decir, el comprendido entre el 21 de septiembre de 1982 y el 31 de mayo de 1983, es anterior a esta normatividad...»

2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro.

Así lo ha adoctrinado esta Sala de la Corte desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802, en la que se concluyó que «...las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.»

Por otra parte, en torno a las hipótesis de la «falta de afiliación» al sistema de pensiones, la Corte venía sosteniendo que no era posible asemejar ese fenómeno al de la «mora» en el pago de los aportes, pues «...no sería sensato equiparar la responsabilidad jurídica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados, pero se encuentra en mora en el pago de algunas cotizaciones, con el

patrono que no afilia, pues es evidente que en este segundo evento toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recae sobre él, situación que razonable y proporcionalmente no se puede predicar del empleador moroso en tales aportes, toda vez que tiene la opción de pagar, ponerse al día y contribuir con el sistema actualizando sus deudas para con el sistema de seguridad social.» (Ver sentencias CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 41023; CSJ SL, 30 ag. 2011, rad. 42243; y CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 43188).

En consonancia con lo anterior, en sentencias como las CSJ SL, 1 nov. 2011, rad. 39811; CSJ SL, 13 mar. 2013, rad. 39874; y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38587, la Corte sostenía que la consecuencia de la falta de afiliación al sistema de pensiones era que el empleador asumiera el pago de las prestaciones, en los mismos términos en los que las hubiera concedido el Instituto de Seguros Sociales. Predicaba la Corte que «...cuando el empleador no ha cumplido su obligación de afiliar al sistema, lo que aparea que no haya efectuado el pago de las cotizaciones en pensiones, y acontezca el riesgo que aquellas protegen, **le corresponde asumir la pensión**, pues no es posible que se pierda el derecho pensional por la incuria de quien estaba obligado a aportar a la seguridad social integral. En efecto, si quien estando llamado a proteger los riesgos propios de la seguridad social, a través de las cotizaciones al sistema, ni siquiera afilia al empleado, no puede exonerarse de su responsabilidad en el pago de la pensión y eso es precisamente lo que concluyó el juzgador de segundo grado al resolver la controversia, esto es, que ante la inexistencia de la afiliación en pensiones, le correspondía asumir el riesgo, dado que no lo había subrogado, y por ello no advierte esta Sala el dislate jurídico al que se hace referencia.»

En igual dirección, en la sentencia CSJ SL 646-2013, la Corte explicó que «...la falta de afiliación o la afiliación tardía del trabajador al sistema general de pensiones, para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte, no acarrea rigurosa e inexorablemente a cargo del empleador remiso el pago de la prestación que hubiere otorgado dicho sistema en el evento de haberse cumplido con la obligación de inscribirlo...» Sin embargo, luego de hacer un recuento de las normas y desarrollos jurisprudenciales que se habían referido al tema, hasta ese momento, estableció que en estos casos de falta de afiliación parcial al sistema de pensiones, el empleador debía responder por el pago de las prestaciones que habría reconocido el Instituto de Seguros Sociales. Dijo la Corte en aquella oportunidad:

Quedó probado conforme a lo expresado en la sentencia del juez de primer grado, o al menos no está desvirtuado, que la universidad no afilió a la actora "durante el periodo (sic) comprendido entre el 3 de febrero de 1970 al 9 de septiembre de 1984 y los primeros semestres de 1986 y 1990". Asimismo, que la actora pretende el reconocimiento de la pensión por vejez, a partir del 12 de noviembre de 2000, fecha de su desvinculación laboral, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993.

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

Se recuerda que la recurrente increpa el fallo, toda vez que el Tribunal se basó en la falta de afiliación parcial de la demandante a la seguridad social por parte de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, y con base en ello condenó a esta última a pagar a la demandante la pensión de vejez, "lo cual constituye un error jurídico puesto que como lo tiene definido la Sala de Casación Laboral de la Corte, la no afiliación del trabajador a la seguridad social antes del Decreto 2665 del 26 de

diciembre de 1988 no genera pensión a cargo del empleador, sino derecho del trabajador a ser indemnizado por los perjuicios derivados de la omisión". Apoyó su discrepancia en la sentencia del 2 de mayo de 2000, radicación 13.242.

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

En efecto, en aquella oportunidad la Corte al estudiar un asunto de similares contornos al hoy estudiado, en donde la demandada no afilió a su trabajador al sistema pensional, en el período comprendido entre 1981 y 1993, sostuvo que si bien es cierto la Sala había sostenido que hasta el 26 de diciembre de 1988, cuando entró en vigencia el Decreto 2665 del mismo año, la consecuencia para los empleadores que no afiliaran al sistema pensional a sus trabajadores, era el pago de la indemnización de los perjuicios que por dicha omisión les llegaren a ocasionar, **la Sala varió su postura a partir de esa fecha, en el sentido de que tal omisión implica para el empleador la obligación de responder al trabajador por las prestaciones, en los mismos términos en que el ISS las hubiere reconocido.**

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

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

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

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

responder por los beneficios sociales a que tiene derecho quien debiendo ser afiliado por él no lo fue, como ocurrió en este caso con la actora.

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

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

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

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

Por lo anterior, en principio, le asistiría razón al Tribunal y a los opositores, al prohiar una diferencia conceptual entre la «mora» en el pago de los aportes y la «falta de afiliación» al sistema de pensiones, así como al establecer que, en este último caso, el obligado al pago de las prestaciones de la seguridad social es el empleador incumplido.

No obstante lo anterior, no se puede desconocer que la jurisprudencia de la Sala ha tenido una evolución, coordinada y concordante con el espíritu de las nuevas disposiciones que ha expedido el legislador para contrarrestar estas hipótesis de falta de afiliación, que afectan la configuración del derecho pensional de los afiliados, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad, integralidad y eficiencia. En lo fundamental, esa progresión de la jurisprudencia ha estado encaminada a lograr la financiación plena de las prestaciones, así como unidad en su reconocimiento, a través de las entidades de seguridad social.

Concretamente, el sistema de seguridad social y sus desarrollos en la jurisprudencia han tendido a reconocer expresamente tales omisiones de afiliación, dadas en el pasado, así como a buscarles una solución adecuada y suficiente, a través del reconocimiento de la respectiva prestación por

parte de las entidades de seguridad social, con el consecuente recobro o integración de los aportes y recursos, por medio de títulos pensionales que deben pagar los empleadores omisos.

Ejemplos claros de la referida evolución y del espíritu del legislador son el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que, para el reconocimiento de pensiones de vejez, legitimó la inclusión del «...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...»; y el literal d) de la misma norma, introducido por virtud del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que facultó la inclusión del «...tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador...», los dos con la condición 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 este punto también es dable mencionar el Decreto 1887 de 1994, que estableció la metodología para el cálculo de los referidos títulos pensionales, y el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que prescribió que «...en el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994.»

Con fundamento en dichas normas y, se repite, en los principios que definen y orientan el sistema integral de seguridad social, la Corte ha precisado su jurisprudencia, para adoctrinar que las variadas problemáticas generadas a raíz de la falta de afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho, deben encontrar una solución común, que no es otra que el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, por parte de la entidad de seguridad social respectiva, con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora.

Para tales efectos, la Sala ha reconocido que «...la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado» (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), de manera que, con fundamento en disposiciones como el literal l del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 de la Ley 797 de 2003, «...no es que la única forma de acceder a la pensión sea por el cumplimiento de tiempos efectivamente cotizados, sino que también resulta admisible que se tome en cuenta el tiempo de servicio, sin importar que no se hubiere hecho con aportes al sistema, como ocurría especialmente con los empleados públicos. Ello no significa que se deban reconocer pensiones sin que existan las cotizaciones, pues como ya se anotó, la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado, por lo que el hecho de que exista mora en su pago, no implica la inexistencia del aporte.» (CSJ SL13128-2014).

Como ejemplos de la mencionada evolución en la jurisprudencia se pueden mencionar:

2.1 Falta de afiliación del trabajador por falta de cobertura del sistema de seguridad social.

Una primera muestra de la doctrina defendida por la Sala, está reflejada en su postura frente a aquellos casos en los que se verificaba una falta de afiliación del trabajador, no por la omisión

del empleador, sino por la falta de cobertura del sistema de pensiones en un determinado territorio.

Así, partir de sentencias como las CSJ SLSL9856-2014 y CSJSL17300-2014, la Corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a dichas eventualidades, a la vez que definió, entre otras cosas, i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional; iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «...en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar... 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.»

2.2. Declaración de contratos realidad en los que no hubo inscripción al sistema de pensiones.

La Corte también ha tenido la oportunidad de analizar situaciones en las que se solicita la declaración de contratos de trabajo, por virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, y, como consecuencia de su declaración, surge la obligación del empleador de afiliación del trabajador al sistema de pensiones, así como su consecuente incumplimiento.

Ante dicho panorama, valiéndose de las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, la Corte ha optado por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social, que mantiene la obligación de reconocer las prestaciones correspondientes.

En la sentencia CSJ SL2731 de 2015, la Sala señaló al respecto:

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 9º 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 6º 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 6º 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 igual sentido puede verse la sentencia CSJ SL14426-2014.

2.3. No afiliación por omisión pura y simple del empleador.

Finalmente, ante situaciones de omisión de la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, a pesar de la vigencia clara de una relación laboral, como en el caso que hoy se analiza, la Corte ha precisado la orientación que tenía, encaminada a trasladarle la responsabilidad al empleador, para dar cabida también al reconocimiento de las prestaciones por las respectivas entidades de seguridad social, con el consecuente recobro e integración de las cotizaciones y recursos, a través de cálculos actuariales.

En la sentencia CSJ SL16715-2014, la Corte precisó la orientación vertida en la sentencia CSJ SL646-2013, bajo el entendido de que, ante realidades como la expedición del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la respuesta más acoplada al sistema de seguridad social, ante omisiones en la afiliación, es el cubrimiento de las prestaciones por el sistema de pensiones, con el recobro de los recursos a los empleadores, a través de un cálculo actuarial. En la mencionada sentencia, se dijo al respecto:

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

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

Sin embargo, el artículo 9 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de 2003, estableció la posibilidad de sumar el tiempo de servicios con empleadores omisivos en la afiliación al sistema general de pensiones, a través del pago de un título pensional a favor de la entidad de seguridad social, con base en el cálculo actuarial que ésta elabore. Así lo dispuso la norma en comento:

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

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;
- c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia

de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. (La Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-506-01 mediante Sentencia C-1024-04 de 20 de octubre de 2004, "...mediante la cual se declaró la constitucionalidad de la expresión acusada <subrayada> por un cargo idéntico al impetrado en esta oportunidad").

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

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

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

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

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

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

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

El inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, prevé la solución frente a la eventualidad referida, al establecer que " ... En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para

pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994". (El subrayado es de la Sentencia).

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

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

Esa posibilidad ya se había prohijado en decisiones como la CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 42398, en las que, ante una hipótesis de omisión en la afiliación en lugares en los que había plena cobertura y no había excusa para el incumplimiento del empleador, se secundó una condena en contra de éste, materializada en «...el traslado de una reserva actuarial o título pensional, para que el afiliado pueda computar las semanas laboradas sin importar el régimen pensional...» Igual orientación también puede verse reflejada en la sentencia CSJ SL5790-2014.

Por virtud de lo anterior, se repite, la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado hasta encontrar una suerte de solución común a las hipótesis de «omisión en la afiliación» al sistema de pensiones, guiada por las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, que no se aleja diametralmente de la que se sostiene frente a situaciones de «mora» en el pago de los aportes, pues, en este caso, se mantiene la misma línea de principio de que las entidades de seguridad social siguen a cargo del reconocimiento de las prestaciones.

Ahora bien, aquí y ahora, para la Corte resulta preciso reivindicar la mencionada orientación y evolución en su jurisprudencia, pues el mencionado traslado de responsabilidades entre entidades de la seguridad social – para pago de las pensiones - y empleadores – para pago de cálculos actuariales -, es el que resulta más adecuado a los intereses de los afiliados y el más acoplado a los objetivos y principios del sistema de seguridad social.

Así lo sostiene la Corte porque, en primer término, la referida doctrina encuentra pleno apoyo en la evolución de la normatividad reflejada en disposiciones como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003. Asimismo, se acopla perfectamente a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad e integralidad, que velan por la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores, en el sentido amplio del término, a través de un sistema único, articulado y coherente, que propende por eliminar la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad.

Por otra parte, para la Corte la solución a situaciones de omisión en la afiliación que se ha venido reseñando resulta eficiente, pues reconoce prioritariamente el trabajo del afiliado, como base de la cotización, a la vez que garantiza el reconocimiento oportuno de las prestaciones, sin resquebrajar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores, con instrumentos como el cálculo actuarial y herramientas de coacción como las que tienen legalmente las entidades de seguridad social.

De igual forma, para la Corte, esta orientación es la respuesta más adecuada a los intereses de los afiliados, pues se les garantiza el pago de sus prestaciones a través de entidades del sistema de seguridad social, que tienen una mayor solidez financiera, vocación de permanencia y estabilidad, a la vez que una menor volatilidad que la que pueden tener determinadas empresas.

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.

Ahora bien, para la Sala resulta pertinente aclarar que la solución a las problemáticas de omisión en la afiliación que se ha descrito, es predicable respecto de pensiones causadas tanto en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, como en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

Ello es así porque, en primer lugar, como ya se dijo, la integración y cubrimiento de los riesgos pensionales, por entidades del sistema de seguridad social, con el respectivo cobro de cálculos actuariales a los empleadores, tiene cobijo en los principios de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia, que se encuentran vigentes desde la misma expedición de la Ley 100 de 1993 y que, además, tienen un importante correlato en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991.

Adicionalmente, como se sostuvo desde las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014, cuando el empleador no afilia a sus trabajadores, independientemente de la razón que tenga, no se desliga de sus obligaciones frente al sistema de seguridad social, de manera que sigue teniendo ciertas responsabilidades en torno a la financiación de la pensión. Y si ello es así, los tiempos en que no hubo afiliación pueden encontrar abrigo en lo dispuesto en el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, que legitimaba el cómputo de esos tiempos de «...trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión...»

Así lo reconoció la Sala en decisiones como la CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 40250, reiterada en la CSJ SL5790-2014, en las que precisó que «...las empresas privadas podían expedir bonos pensionales, y que cuando la Ley 100 de 1993 en el artículo 33 hacía referencia a empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, comprendía aquellos que tuvieran un deber pensional, entre otras razones, por no haber afiliado o no cumplir oportuna y suficientemente con el deber de cotizar...»

Lo anterior para significar que no es solo el literal d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, introducido por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el que permite la suma de tiempos en los que hubo omisión en la afiliación, pues esa posibilidad estaba legitimada por el legislador y por la jurisprudencia, desde mucho antes.

Así las cosas, la Corte reitera que respecto de prestaciones causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, tanto en su redacción original, como con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, las omisiones del empleador en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, deben tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado, por la entidad de seguridad social respectiva, con el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, a través de cálculo actuarial.

Como corolario de todo lo dicho, el Tribunal incurrió en el doble error jurídico de negar la aplicación de disposiciones de la Ley 100 de 1993, por no estar vigentes en el momento en el que se presentó la omisión del empleador, y al determinar que, ante la hipótesis de omisión en la afiliación, la responsabilidad de cubrir el riesgo recaía sobre el empleador.

Por lo mismo, los cargos son fundados y se casará totalmente la sentencia recurrida, sin que resulte necesario el estudio de los restantes, que tenían el mismo propósito.

Antes de proferir la respectiva decisión de instancia y, para mejor proveer, se ordenará que, por la Secretaría de la Sala, se oficie a la Sociedad de Fabricación de Automotores – Sofasa S.A. – para que certifique los salarios percibidos por el actor entre el 21 de septiembre de 1982 y el 31 de mayo de 1983, para lo cual se le concede un término de 15 días.

Sin costas en el recurso de casación.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada el 19 de junio de 2009, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral seguido por ÓSCAR DE JESÚS ZAPATA MEJÍA contra la SOCIEDAD DE FABRICACIÓN DE AUTOMOTORES – SOFASA S.A. – y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Antes de proferir la respectiva decisión de instancia y, para mejor proveer, se ordena que, por la Secretaría de la Sala, se oficie a la Sociedad de Fabricación de Automotores – Sofasa S.A. – para que certifique los salarios percibidos por el actor entre el 21 de septiembre de 1982 y el 31 de mayo de 1983, para lo cual se le concede un término de 15 días.

Sin costas en el recurso de casación.

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

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidente de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS



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

