

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

Magistrada Ponente

SL17300-2014

Radicación n° 45107

Acta 34

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de PARMENIO DE JESÚS ZAPATA MÚNERA, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, el 28 de septiembre de 2009, dentro del proceso ordinario laboral que promovió contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y DIVERSIFICACIÓN INDUSTRIAL DE SAN PEDRO S.A.

#### ANTECEDENTES

PARMENIO DE JESÚS ZAPATA MÚNERA llamó a juicio al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y a DIVERSIFICACIÓN INDUSTRIAL DE SAN PEDRO S.A. –DIVISA S.A para que ésta última le pagara al ISS un título pensional por el tiempo que le prestó servicios sin afiliación al sistema de pensiones y, en consecuencia, esta entidad le reconozca y pague la pensión de vejez desde el 3 de julio de 2004, los intereses moratorios o, en su defecto, la indexación. En subsidio, la pensión a cargo del empleador, a partir de la misma fecha, intereses moratorios o la indexación de las mesadas adeudadas. En cualquier caso, con condena en costas.

Relató haber prestado servicios a DIVERSIFICACIÓN INDUSTRIAL DE SAN PEDRO S.A. desde el 13 de mayo de 1983 hasta el 21 de diciembre de 2001, pero que solo se le afilió al ISS el 17 de mayo de 1994 por lo que permaneció sin vinculación al sistema de pensiones durante 11 años y 3 días, tiempo con el cual hubiera podido acceder a la prestación por vejez, de la que carece por omisión de la empresa. Dijo ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por ello, puede pensionarse con 1000 semanas de

cotización en cualquier tiempo o 500, dentro de los 20 años que antecederon al cumplimiento de la edad reglamentaria; que nació el 3 de julio de 1944 y su esposa es beneficiaria de los incrementos pensionales de ley; que agotó la reclamación administrativa el 27 de octubre de 2005, y que el Instituto debe pedir el título pensional al empleador.

El apoderado del Instituto manifestó que no le constaban los hechos expuestos en la demanda inicial y propuso las excepciones de buena fe, imposibilidad de condena en costas y prescripción (folios 96 a 98).

La empresa se opuso a las pretensiones y, en aras de su fracaso, formuló las excepciones de prescripción, falta de causa legítima, inexistencia de la obligación y buena fe. Aceptó que afilió al actor al ISS en mayo de 1994, pero expuso que fue debido a que antes de abril del mismo, la entidad de seguridad social no había extendido cobertura al municipio de San Pedro de los Milagros, lugar en el que se ejecutó el contrato de trabajo, el cual no tuvo la duración anunciada por el demandante. Negó o dijo que no le constaban los restantes supuestos fácticos (folios 103 a 107).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia de 20 de febrero de 2009, el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros, condenó al ISS a pagarle pensión de vejez al actor desde el 4 de julio de 1994, en cuantía igual a un salario mínimo legal vigente, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios y las costas del proceso. Autorizó al Instituto para que reclamara a DIVISA S.A. el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar por la falta de afiliación (folios 237 a 248).

## SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Previo a resolver la apelación del actor y de la sociedad, el Tribunal asumió el grado jurisdiccional de consulta en favor del Instituto de Seguros Sociales, revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones. Dejó sin costas las instancias.

En lo que interesa al recurso, el ad quem aplicó la Ley 1149 de 2007 y tras reproducir su artículo 14 procedió a interpretar el significado del vocablo garante a que alude tal norma para habilitar su competencia en punto a la condena impuesta al ISS.

A partir de la preceptiva 28 del Código Civil, y del contenido del literal c) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, que también copió, advirtió que así no lo estableciera expresamente debía asumirse que la Nación respaldaba el pago de los beneficios de los acreedores afiliados y que en tal hipótesis estaban incluidos los de la pensión de vejez y el régimen de prima media a cargo de la entidad de seguridad social.

Transcribió la definición de garante, según el Diccionario Enciclopédico Cabanellas, que complementó con la preceptiva de los artículos 2361 y 2362 del Código Civil, y copió un pasaje de las sentencias SU 1184 de 13 de noviembre de 2001 y C - 067 de 1999, para concluir que tal calidad no es solo una creación jurisprudencial, sino que «parte del deber constitucional de solidaridad que es un elemento fundante del Estado Social de Derecho, tiene también su expresión constitucional en el artículo 48, en cuanto (...) señala que la seguridad social se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, disponiendo en el inciso segundo “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”, es claro por demás que si el Estado dirige, coordina y controla la prestación del servicio público de seguridad social, es quien debe garantizar el derecho a la misma, y dentro de la seguridad social, se

encuentran las pensiones, en este es más concreto el artículo 53 (...) cuando señala en su inciso 3º lo siguiente: “El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones”».

Añadió que la Ley previó la forma cómo, ante la falta de recursos de las administradoras del sistema, el Estado era el convocado a garantizar el pago de las pensiones; «por mera información», relacionó los artículos 31, 32, 60 y 109 de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 832 de 1996 y 1515 de 1998.

Copió un fragmento del fallo T-980 de octubre de 2003 que, aunque relativo al sistema de salud, estimó relevante para desatar la alzada y dedujo que la modificación que introdujo el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, significó una nueva regulación en materia de tutela del interés público, la cual es forzosa, obligatoria e incondicional, en los términos de un auto de la Sala de Casación Laboral de 24 de julio de 1980; agregó que la referida norma procesal de 2007 consagró 2 situaciones distintas en las que es viable la consulta, de allí que incurrió en el estudio de tal grado jurisdiccional en favor del ISS.

En adelante, se ocupó del problema jurídico central, el cual resolvió con aplicación del principio de irretroactividad de la ley, y sostuvo que dada la fecha en que el Instituto asumió cobertura en el municipio de San Pedro de los Milagros, no podía afirmarse que el empleador incumpliera su deber de afiliar y pagar las cotizaciones de su empleado, toda vez que lo hizo muy poco tiempo después de que aquella condición se presentara, con fundamento esencial para infirmar la decisión del a quo.

## I. EL RECURSO DE CASACIÓN

Concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, propone el recurrente que se case totalmente la sentencia acusada y, en instancia, se confirme la del a quo.

Propuso 2 cargos que tuvieron réplica.

## II. PRIMER CARGO

Por vía directa, denuncia aplicación indebida «del artículo 14 de la ley 1149 de 2007 que modificó el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo (...), infracción directa del artículo 15 de la misma ley e interpretación errónea del artículo 66 A del CPTSS, como violación de medio que condujo al Tribunal a aplicar de manera indebida los artículos 33 y 36 de la ley 100 de 1993 y el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 (...)».

Reprocha al ad quem que se hubiera arrogado una competencia que no tenía, en tanto el juzgador de la instancia inicial no ordenó la consulta del fallo y, además, la Ley 1149 de 2007 no se encontraba vigente para la fecha en que se inició el proceso, por manera que desatendió el mandato del artículo 15 de la misma norma, que dispone que «Los procesos iniciados antes de la aplicación gradual de la presente ley se continuarán tramitando bajo el régimen procesal anterior».

De todas maneras, dice la censura, no es claro que la Nación «sea garante de la pensión despachada a favor del actor, toda vez que esa obligación de responder por la pensión no surge de manera automática sino que supone el agotamiento de las reservas y del patrimonio propio de la entidad, lo cual aún está lejos de ocurrir». Igualmente, critica que no se informara a los Ministerios. En lo sucesivo, aduce:

«El conocimiento en grado de consulta en ningún momento puede ser asumido por el Tribunal de manera oficiosa si antes el a quo no lo ha ordenado, por cuanto bien es sabido que se (sic) acuerdo a la estructura del proceso y para la operancia de los recursos verticales, o sea aquellos que entrañan el ejercicio de la competencia funcional, tanto en el caso de los recurso[s] de apelación como en el caso del grado de consulta tiene que existir un acto procesal de concesión dictado por el Juez y otro de admisión del respectivo trámite dictado por el Tribunal, de lo contrario se estarían desquiciando las formas propias del juicio ya que se estaría sorprendiendo a las partes como ocurrió en este caso que mientras estaban esperando las resultas de sendos recursos de apelación por ellas interpuestos contra la decisión de primera instancia, se les notifica la decisión de un grado de consulta del que hasta el momento no se tenía noticia».

Reproduce un concepto doctrinal sobre el punto, y finaliza con que el juzgador de segundo grado debió limitarse al estudio de los recursos interpuestos por el actor y por DIVISA S.A., que no mostró resistencia a la condena impuesta al ISS, sino a la obligación que se le impuso de pagar las cotizaciones no sufragadas a esta entidad, de suerte que la misma tenía la obligación de impugnar lo ordenado por el a quo.

III.

#### RÉPLICA DEL ISS

Reprocha que el recurrente hubiera mezclado argumentos fácticos y jurídicos en la sustentación del primer cargo, lo cual, a su juicio, impide su estimación. Aduce que el grado jurisdiccional de consulta no solo se instituyó en beneficio del trabajador, sino también para proteger el patrimonio del Estado, en la medida en que requiere de una «seguridad jurídica reforzada», que fue lo que hizo el Tribunal en este caso.

IV.

#### RÉPLICA DE DIVISA S.A.

Limita su intervención a copiar un extenso segmento de la sentencia 29180 de 29 de julio de 2008, y agrega que a la empresa no le cabe responsabilidad por la falta de afiliación del accionante en épocas en que no gravitaba sobre ella tal obligación; echa de menos en la proposición jurídica el artículo 9º, parágrafo 1º, literal c), de la Ley 797 de 2003, que fue la norma que sirvió al ad quem para construir la sentencia, lo que acarrea la permanencia de la presunción de legalidad y acierto que la cobija, a más que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 no fue mencionado en el fallo, por manera que no pudo ser mal aplicado.

V.

#### CONSIDERACIONES

El recurrente sostiene que el Tribunal desbordó el ámbito de su competencia al incursionar en el análisis de la situación del ISS, pretextando que se trata de una entidad descentralizada en la que la Nación es garante, en primer lugar, porque para la fecha en que se inició el proceso, el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 no se encontraba vigente y, además, debido a que, en realidad, no puede decirse que la Nación sea garante del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

En punto al primer aspecto, según el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, «Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación»: aunque esta norma se encontraba vigente para el momento en que se inició el proceso no es la que está llamada a producir efectos

en este contencioso, en tanto la propia Ley 1149 de 2007 diseñó el mecanismo que ha de aplicarse para dirimir los conflictos que se presenten ante el tránsito de legislación.

Desde otro ángulo hermenéutico, en la medida en que el artículo 10 del Código Civil reza que «La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general», no sobreviene duda de que la regla especial sobre cambio legislativo establecida en la referida Ley 1149, prevalece sobre la de carácter general, consagrada en la Ley 153 de 1887.

En verdad el artículo 15 de esa disposición 1149 establece que «Los procesos iniciados antes de la aplicación gradual de la presente ley se continuarán tramitando bajo el régimen procesal anterior», lo que no puede ser entendido sino en los términos que su literalidad enseña, es decir, que la posibilidad de consultar las sentencias dictadas en procesos laborales contra el ISS solo era viable en el caso de aquellos iniciados a partir del 14 de julio de 2007, incluso según la implementación gradual de dicha norma en los términos del precepto 17 ibídem, según el cual «vigencia y derogatoria. La presente ley entrará en vigencia con su promulgación y su aplicación se efectuará de manera gradual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente ley [implementación gradual]».

Así las cosas ante el hecho irrefutable de que la demanda se presentó el 19 de abril de 2006, antes de que adquiriese vigor la pluricitada Ley, no era posible asumir el conocimiento de la consulta en favor del ISS, pues solo estaba prevista para el trabajador cuando le fueran totalmente adversas las pretensiones y no hubiese apelado y también cuando le fueran íntegramente desfavorables «a la Nación, al departamento o al municipio».

En tal sentido es patente que en lo relativo con el Instituto de Seguros Sociales el Tribunal no podía revocar la condena en tanto el mismo no la apeló.

Huelga reiterar el evidente desacierto intelectual del ad quem pues no podía aplicar el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, para estudiar y resolver en sede de consulta la condena impuesta por el fallador de la instancia inicial ante su falta de vigencia, con lo cual violó, se insiste, el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social por cuanto no analizó las materias objeto de la apelación del actor y de la empresa demandada y de contera, las normas sustanciales relacionadas en el cargo.

Por lo visto el cargo prospera, como el restante tenía similar propósito no es necesaria su solución.

VI.

#### SENTENCIA DE INSTANCIA

La apoderada de la demandada DIVISA S.A. alega que su representada «no está obligada a pagar las cotizaciones ordenadas por la señora Juez en el fallo», pues no tenía que cotizar para los riesgos de invalidez, vejez y muerte entre los años 1983 y 1994, de suerte que lo resuelto por el a quo comporta la trasgresión del principio de irretroactividad de la ley. Añadió que si en aras de la discusión, se le diera efecto retroactivo a la Ley 100 de 1993, su artículo 13 no impuso a los empleadores que se encuentran en situaciones como las registradas en este litigio, la obligación de trasladar el monto de las cotizaciones a la entidad de seguridad social, «tal como lo preconiza la sentencia y lo pide el apoderado del actor, el cual además en algunos momentos, hasta suplanta la actuación del apoderado del

ISS».

Rotuló de «inocua y absurda» la apelación del actor por pretender que la condena contra el ex patrono sea inequívoca, siendo que «los términos de la condena son suficientemente claros (...), que son la razón por la cual la suscrita interpuso el recurso de apelación».

Se quejó de que el juez no hubiera estudiado los medios exceptivos que propuso en la contestación de la demanda, y que hubiera fundado la decisión en «el régimen de transición de la Ley 171 de 1961» y en el inciso 1° del artículo 37 de la Ley 50 de 1990, dado que esta norma fue subrogada por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

Para desatar la primera instancia, el Juzgador tuvo en cuenta que: i) el accionante es beneficiario del régimen de transición; ii) cumplió 60 años de edad el 3 de julio de 2004; iii) La pensión de jubilación consagrada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, le fue negada porque el ISS había extendido cobertura al municipio de San Pedro, y no cumplía las exigencias del Acuerdo 049 de 1990. Por ello, estimó que por haber trabajado más de 10 años al servicio de DIVISA S.A., su situación estaba llamada a definirse con arreglo a lo normado por la Ley 171 de 1961, en tanto si el actor «laboró mas (sic) de diez años con la expectativa de pensión de jubilación, y menos de diez con la expectativa de pensión de vejez, situación que no corresponde a lo pretendido por la ley laboral; aunado a lo anterior, a los principios constitucionales que orientan nuestro Sistema Jurídico, como es la realización de un orden social justo, que se vería truncado con una decisión adversa a los intereses del demandante». Concluyó, entonces, que:

«Teniendo en cuenta lo anterior, y habida consideración que no es admisible desconocer derechos laborales pretendidos por normas sociales, de acuerdo con el acervo probatorio allegado al plenario, se concluye sin llegar a equívocos que quien está llamado a responder por la pensión de vejez (...), es el ISS, pues a la fecha de la reclamación tiene mas (sic) de 60 años de edad, tal como se acredita con la certificación expedida por la Notaría Única de este municipio, en la cual se consigna que nació el 3 de julio de 1944; y el tiempo de servicios de dieciocho años, siete meses y una semana, quien podrá repetir contra la empresa DIVERSIFICACIÓN INDUSTRIAL SAN PEDRO S.A., a efectos de que ésta deposite los dineros que le correspondería haber cancelado entre la fecha de ingreso del trabajador, esto es el 13 de mayo de 1983, hasta la fecha en que fue ingresado por la codemandada DIVISA al sistema de la seguridad social, esto es 16 de mayo de 1994. Siendo de advertir que dicha información fue requerida por este despacho a la entidad aquí condenada, sin que a la fecha se hubiera recibido respuesta.

En consecuencia de lo anterior que se condenará al ISS al pago de la pensión solicitada toda vez que fue esta entidad la última quien asumía el riesgo de la seguridad social del demandante, y se condenará además al pago de la pensión reclamada, y de las mesadas adicionales de diciembre de 2004, y junio y diciembre de los años 2005, 2006, 2007 y 2008, (...).

La equivocación del a quo fue notable. La pensión restringida de jubilación de que trata el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 nunca fue asumida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, dado que precisamente lo que se buscó fue sancionar al empleador por la no afiliación de sus trabajadores al régimen general de pensiones. Por ello, reiteró esta Sala en sentencia CSJ SL578-2014 que «basta recordar lo suficientemente explicado por la jurisprudencia de la Corte respecto de la asunción de riesgos por el I.S.S. y su incidencia

en la aludida pensión proporcional de jubilación, en el sentido de que las pensiones previstas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 no fueron derogadas ni remplazadas por la pensión de vejez a cargo de la entidad de seguridad social».

En virtud de lo expuesto, no podía imponerse la pensión restringida de jubilación a cargo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, toda vez que el único legitimado por pasiva para soportar dicha condena es el empleador, a quien tampoco le competiría asumirla, en la medida en que una vez cobró vigencia la Ley 100 de 1993, procedió a inscribir al trabajador para los riesgos de IVM ante el ISS.

Sin embargo, a juicio de la Sala, el demandante sí tiene derecho a la pensión de vejez pero con arreglo a lo dispuesto por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que solicitó en las pretensiones de la demanda, toda vez que durante los 20 años que precedieron al cumplimiento de los 60 de edad, de haberse producido su afiliación al Instituto de Seguros Sociales desde su ingreso a laborar con DIVISA S.A., hubiera completado las semanas exigidas en la norma mencionada, dada su condición de beneficiario del régimen de transición instituido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, si el demandante nació el 3 de julio de 1944, alcanzó la edad reglamentaria el mismo día y mes del año 2004, por manera que el período a tomar en cuenta es el que va desde el 3 de julio de 1984 hasta el 3 de julio de 2004. Visto como está que ingresó a laborar el 13 de mayo de 1983 y dejó de prestar servicios el 21 de diciembre de 2001, el lapso transcurrido entre el 3 de julio de 1984 y la fecha de desvinculación supera con creces el equivalente a las 500 semanas exigidas por el reglamento del ISS.

Como lo dedujo la Resolución 019992 de 2005 (folio 8), durante los últimos 20 años anteriores al 3 de julio de 2004, el actor registró un total de 447 semanas, siendo que fue afiliado al ISS a partir de mayo de 1994, es claro que con las semanas de cotización que debe pagar la empresa por el tiempo trabajado entre el 13 de mayo de 1983 y el mes de abril de 1994, sobrepasa las 500 requeridas por el Acuerdo 049 de 1990, durante los 20 años que antecedieron a la fecha en que completó 60 de edad.

A juicio de la Sala, la obligación de pagar el cálculo actuarial por el período laborado antes de que se suscitara la obligación de afiliar al trabajador al sistema general de pensiones, no surge como la imposición de una sanción por un incumplimiento que no se ha presentado, sino en virtud de la aplicación de principios y valores superiores y de la interpretación en un contexto histórico de las reglas de derecho que han regulado la materia a través del tiempo, como se explica enseguida:

En fallos de casación de 4 de junio de 2008 (28479), 29 de julio de 2008 (29180), y 1° de julio de 2009 (32942), por mayoría de sus integrantes, esta Sala de la Corte reiteró que no era responsabilidad de los empleadores por la no afiliación de sus trabajadores durante la época en que el Instituto de Seguros Sociales no había asumido la cobertura de los riesgos de IVM, en los municipios en los que dichos servidores prestaban su servicio, luego en sentencia 32922, de 22 de julio de 2009, por decisión mayoritaria, la Corte estimó que ante iguales supuestos fácticos, era viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en lugares de la geografía nacional, que no por incumplimiento empresarial, fueran “habilitados” a través de títulos pensionales a cargo del empleador, a efectos de que el dador del servicio completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley, la que posteriormente también

fue reevaluada por la providencia 39914 de 10 de julio de 2012.

Lo anterior para destacar que aunque el punto no ha sido pacífico, hoy con la nueva conformación de la Sala, no se somete a duda que la dificultad logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, que impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones del país, sino que, en la medida de su viabilidad, la cobertura se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. No se olvide que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Sin embargo, a juicio de esta Corte el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no traduce, como lo afirma la empresa, en la total ausencia de responsabilidades ni obligaciones por los períodos efectivamente trabajados por el empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la exegesis del 1613 del Código Civil, porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

El artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al empleador de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, relacionadas con las prestaciones del trabajador.

En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que

carece de justificación.

Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.

Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustre ese mismo derecho.

El patrono, por tanto, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía.

Por demás, la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede tener tan drástica repercusión frente a derechos sociales y, si bien podría oponerse la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador, principios y valores de orden superior deben prevalecer en casos como el presente.

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional en vigencia del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del párrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional».

Tales argumentos son suficientes para evidenciar que el ISS debe reconocer la pensión con el pago del cálculo actuarial de la empresa apelante. Esto va ligado con la apelación del actor que se circunscribió a que la imposición fuese clara respecto de la empresa en el pago de las respectivas cotizaciones; al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en los términos, ya explicados, en el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia del a quo, dispuso «se autoriza al ISS para que reclame a la empresa DIVERSIFICACIÓN DE SAN PEDRO S.A. – DIVISA, los dineros que le correspondería haber cotizado entre la fecha de ingreso del trabajador, esto es el 13 de mayo de 1983, hasta la fecha en que fue ingresado por la codemandada DIVISA al sistema».

Por memorial del 25 de febrero de 2009 (folios 250 y 251), el apoderado del accionante

solicitó que se aclarara la anterior providencia, en cuanto la autorización impartida al Instituto para que reclame a la empresa el valor actualizado de las cotizaciones por el tiempo en el que no estuvo afiliado, requiere que se condene a esta sociedad a pagar dicho capital. Por ello pidió indicar si la autorización extendida al ISS «implica la condena a DIVISA para que pague el monto de las cotizaciones que le habría correspondido pagar por el demandante al ISS. Y si no implica la condena, sírvase proferir la decisión correspondiente, en los términos de la pretensión de la demanda».

El juez negó tal petición, en audiencia celebrada el 18 de marzo de 2009, pues consideró que los términos del fallo fueron suficientemente claros «en especial en lo relacionado con la autorización que se da al ISS para reclamar a (...) DIVISA los dineros que le correspondería haber cotizado entre la fecha de ingreso del trabajador a la empresa y hasta el 13 de mayo, cuando fue ingresado por la codemandada DIVISA al sistema de seguridad social en pensiones (...)».

Luego es patente que si se produjo una condena en contra de DIVISA S.A., que aunque en redactada deficientemente, no deja duda de que la misma está compelida al pago del cálculo actuarial en los términos explicados.

En consecuencia, como Tribunal de instancia, en lo que fue materia de la apelación, la Corte modificará la sentencia de primer grado, por las razones anotadas.

Sin costas en casación. En segunda instancia, a favor del actor y a cargo de DIVISA S.A. En primera, a cargo de las demandadas y a favor del demandante.

Acéptese como sustituta procesal del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora Colombiana de Fondos de Pensiones y Cesantías Colpensiones, según la petición que obra a folios 55 a 56 del cuaderno de la Corte, en los términos del artículo 60 del C.P.C., aplicable a los procesos laborales y de la Seguridad Social, por expresa remisión del artículo 145 del C.PL. y la S.S.

## VII.

### 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 de 28 de septiembre de 2009, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, dentro del proceso instaurado por PARMENIO DE JESÚS ZAPATA MÚNERA contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y DIVERSIFICACIÓN INDUSTRIAL DE SAN PEDRO S.A. DIVISA S.A., en cuanto revocó la de primera instancia, dictada el 20 de febrero de 2009 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros.

En sede de instancia, se modifica el fallo dictado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros, el 20 de febrero de 2009, conforme a lo aquí considerado, y en su lugar se dispone que asuma la pensión de vejez de que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, con el pago del cálculo actuarial por parte de Divisa S.A., se confirma en lo demás.

Costas, como se indicó en las consideraciones.

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

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Presidente de Sala

Impedido

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE



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

