

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

Magistrado Ponente

SL 646 - 2013

Radicación n° 38471

Acta No. 28

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil trece (2013).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 22 de mayo de 2008, en el proceso ordinario laboral instaurado contra la entidad recurrente por la señora MARÍA BERNARDA MORENO DUARTE.

I. ANTECEDENTES

En lo que rigurosamente concierne al recurso extraordinario, es suficiente decir, que la actora promovió el proceso con el fin de que le fuera reconocida y pagada, debidamente indexada, la pensión de jubilación vitalicia, a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo, 12 de noviembre de 2000, equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicio, que fue la suma de \$1.699.244,00, y las costas del proceso.

En sustento de las súplicas adujo que laboró para la demandada desde el 1° de agosto de 1969 hasta el 12 de noviembre de 2000, como docente, dictado la cátedra como geóloga, es decir, por algo más de 31 años y 3 meses; la forma de contratación fue mediante contratos que se refieren al ciclo académico semestral y al finalizar cada semestre la demandada le cancelaba el valor de sus prestaciones sociales; que a pesar de estar subordinada, durante 8 semestres se celebraron contratos de prestación de servicios profesionales de actividad docente; que el salario del último año de servicios fue la suma de \$1.699.244,00; que la demandada solo cotizó 342 semanas al Instituto de Seguros Sociales para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte; que nació el 14 de febrero de 1941, es decir, que para cuando se retiró de prestarle los

servicios a la demandada tenía más de 60 años; que el Instituto de Seguros Sociales le negó la pensión por vejez, dado que “la UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO, había cotizado y pagado aportes por aproximadamente 342 semanas”, y que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Al contestar, la llamada al proceso se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y prescripción.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, que lo fue el Doce Laboral del Circuito de Bogotá, por sentencia del 10 de agosto de 2007, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la actora una pensión de jubilación, en cuantía inicial de \$286.399,57, a partir del 13 de noviembre de 2000, “con los incrementos legales y mesadas adicionales hasta que el Instituto de Seguros Sociales asuma la de vejez, momento en que la accionada cancelará la diferencia, si la hubiere”; la absolvió de las restantes súplicas; declaró no probadas las excepciones propuestas y le impuso costas a la vencida.

Estimó el juez de primer grado que “ (...) la demandante trabajó para LA FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO, vinculada mediante diferentes contratos de trabajo desde el 3 de febrero de 1970 al 25 de noviembre de 1993, del 8 de agosto al 26 de noviembre de 1994; del 23 de enero al 16 de mayo de 1995; del 24 de enero al 18 de mayo de 2000 y del 24 de julio al 12 de noviembre de 2000, para un total de 22 años, 15 (...) periodo durante el cual era obligatorio para la demandada cotizar para los riesgos de invalidez, vejez y muerte(...) la actora cumplió los 55 años de edad el 14 de febrero de 1996, y siguiendo las previsiones de la norma transcrita [artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990], debió cotizar entre esa fecha y el 14 de febrero de 1976, por lo menos 500 semanas, presupuesto fáctico que no aparece demostrado en el plenario, pues de la documental de folio 426 se infiere que alcanzó a cotizar solo 344.8571 semanas en dicho lapso. Pues no hay constancia que hubiera cotizado durante los años comprendidos entre 1976 a 1994. Ahora, con respecto al requisito de las 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, debe tenerse en cuenta que según la comunicación del Instituto de Seguros Sociales, obrante a folio 423, se desprende que tiene 738 semanas cotizadas aproximadamente, lo que indica que con el incumplimiento del empleador que dejó de cotizar las sumas comprendidas entre el 3 de febrero de 1970 al 9 de septiembre de 1984 y los primeros semestres de 1986 y 1990, se hubiera cumplido con dicho requisito”.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

La alzada se surtió por apelación de la llamada a juicio y terminó con la sentencia atacada en casación, mediante la cual el Tribunal confirmó la de su inferior. Costas a la recurrente.

El juzgador, tras valorar los diferentes contratos que obran en el expediente, asentó que “se colige que la demandante estuvo prestando sus servicios a la Universidad demandada, mediante contratos de trabajo por duración de la obra o labor contratada, por diferentes lapsos de manera interrumpida(...) no puede considerarse que hubo continuidad en el servicio durante más de 31 años, sino que, en realidad, trabajó para la demandada en virtud de un vínculo laboral un total de 7332 días, es decir, 20 años 4 meses y 12 días. En cuanto al salario devengado, al igual que lo manifestado por el a quo, como quiera que la única prueba que obra dentro del expediente es el reporte de cotizaciones efectuados al ISS (folios 431), teniendo en cuenta además que el mismo

fue variable, se tendrá para todos los efectos, que el último salario promedio mensual recibido por la demandante fue la suma de \$428.121. En suma, es lo cierto que dentro del proceso se demostró que la actora laboró al servicio de la demandada en virtud de varios contratos de trabajo pactados por el tiempo que dure la obra o labor contratada, por un tiempo total de 20 años, 4 meses y 12 días, desempeñando las labores de docente de la Universidad y devengado como última asignación promedio mensual la suma de \$428.121,00”.

Enseguida el tribunal se cuestionó si por la omisión de la empleadora de afiliar a la trabajadora al régimen pensional, le corresponde asumir el pago de la pensión. Para ello, consideró que “ la posición expuesta por el apelante no es correcta, pues el (sic) Decreto 2665 de 1988 con base en el cual funda su inconformidad con el fallo del a quo, se desprende claramente que cuando el empleador no ha realizado el pago de los aportes a los que se encuentra obligado respecto de los trabajadores a su cargo, el ISS quedará relevado del pago de las prestaciones económicas que debió asumir en el caso de la correcta afiliación de los mismos, correspondiéndole entonces al empleador incumplido, el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a que hubiere lugar, en la misma forma y cuantía en que el ISS las hubiere reconocido (artículo 12 Decreto 2665 de 1988)”.

Para el juez de alzada, la normativa que regula el asunto controvertido es el Acuerdo 224 de 1966, ya que así lo dispone el Decreto 2665 de 1988, como también el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues la actora es beneficiaria del régimen de transición. Sin embargo, dijo el colegiado, que como el a quo, condenó a pagar la pensión a la luz de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, y este aspecto no fue controvertido en el recurso de alzada, se impone la confirmación de decisión.

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

Inconforme con la decisión, la Universidad Jorge Tadeo Lozano interpuso el recurso extraordinario, que fue replicado, en el que le pide a la Corte que case la sentencia del Tribunal, para que en sede de instancia revoque la del a-quo y, en su lugar, la absuelva de todas las pretensiones incoadas por la acota.

Con ese objetivo formula dos cargos, que fueron replicados, los cuales se estudiarán en el orden propuesto.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia de violar por la vía directa en el concepto de infracción directa los artículos “16 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo; 1°, 9°, 49, 72 y 76 de la Ley 90 de 1946; 5° del Decreto ley 1695 de 1960; 5°, 6°, y 19 del acuerdo 189 de 1965 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1° del Decreto 1824 del 12 de julio de 1965; artículos 1604, 1610, 1613, 1614, 1615 y 1616 del Código Civil. Infracciones que condujeron a la indebida aplicación de los artículos 12 y 19 del decreto 2665 de 1988, 33, 36, y 141 de la ley 100 de 1993, 1° literal a), 11, 18 y 38 del Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del, en aquel entonces, Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1° del Decreto 3041 de 1966; y 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el 1 del decreto 758 del mismo año”.

En la demostración del cargo, luego de copiar la decisión de segunda instancia, aduce que “Es claro, entonces que el fallo del ad quem se basó en la falta de afiliación del demandante a la seguridad social durante el periodo comprendido desde febrero de 1970, por parte de la

Universidad Jorge Tadeo Lozano, para condenar a esta última a pagar a la demandante la pensión de vejez, lo cual constituye un error jurídico porque, 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”.

A renglón seguido transcribe pasajes del fallo del 2 de mayo de 2000, radicación 13242, dictado por esta Corporación y asevera que “antes de la vigencia del Decreto 2665 de 1988, no existía disposición legal que impusiera al empleador que omitió la afiliación de su trabajador, la obligación de pagarle todo aquello que le hubiera reconocido el ISS de haberse encontrado afiliado. Por ello, hasta el 26 de diciembre de 1988, fecha de la expedición del Decreto 2665 de 1988, que contiene el primer Reglamento General de Sanciones, Cobranzas y Procedimientos del ISS, el empleador que incumplía la obligación de afiliar a su trabajador no incurría en tal obligación, sino que, en caso de haberle causado perjuicios al trabajador con esa negligencia, tenía que indemnizarle”.

Para la recurrente, “ incurrió en error jurídico el ad quem cuando, por no haber afiliado a la demandante desde el 3 de febrero de 1970, contó los días laborados desde ésta fecha para completar el tiempo que tendría que haber cotizado la demandante a la seguridad social en pensiones para que se le hubiera reconocido la pensión de vejez y dedujo de esa omisión la obligación de la Universidad de pagarle la pensión de vejez El ad quem no hizo el menor análisis de las consecuencias previstas para los casos de no afiliación del trabajador a la seguridad social en las disposiciones vigentes antes del 26 de diciembre de 1988, cuando entró en vigencia el Decreto 2665 de 1988; y sumó todo el tiempo anterior, con el laborado posteriormente, para deducir la obligación de la Universidad de pagar a la demandante una pensión de vejez. Si el Tribunal hubiera tenido en cuenta las disposiciones indicadas en la proposición jurídica como violadas por infracción directa, habría aplicado correctamente el decreto 2665 del 26 de diciembre de 1988 y sólo desde ésta última fecha habría contado los días laborados por la actora con no afiliación a pensiones para deducir la carga económica que impuso a la Universidad y se había (sic) encontrado con que desde el 26 de diciembre de 1988 al 12 de noviembre de 2000, fecha de desvinculación de la actora, sólo se cuentan 11 años, 10 meses y 17 días, de cuya omisión, suponiendo que la hubiera habido, no deriva la consecuencia de pagar la pensión de vejez a la demandante. Y que los días laborados por la actora antes del decreto 2665 del 26 de diciembre de 1988, sin que la Universidad la afiliara a la seguridad social, no le acarrea el reconocimiento de pensión de vejez, sino la obligación de indemnizarle en caso de que le hubiere causado algún perjuicio con dicha omisión, lo cual no hace parte del objeto del presente proceso. En consecuencia el fallo habría sido absolutorio puesto que la demandante propende por el reconocimiento de la pensión plena de jubilación y no por el resarcimiento de perjuicios, situación que impedía abordar el estudio del caso particular y concreto de la actora desde dicha óptica, dado que la relación jurídica procesal se trabó bajo un enfoque totalmente diferente. Lo que se acusa en este cargo es especialmente que el fallo censurado desconoció las disposiciones reglamentarias de la seguridad social que se encontraban”

Dice la censura que si el Instituto de Seguros Sociales asumió los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el 10 de enero de 1967 y la vinculación de la demandante con la Universidad se produjo el día 3 de febrero de 1970, según lo expresa el fallo impugnado, el ad quem tenía que deducir que conforme al Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del I.S.S., aprobado por el artículo 1° del Decreto 3041 de 1966, pertenece a aquel contingente de trabajadores respecto de los cuales el riesgo fue asumido en su totalidad por el I.S.S., lo que exoneraba a los empleadores

de pagar pensión de jubilación, a raíz de que la vinculación laboral comenzó después del 1° de enero de 1967.

Apoya su discurso en las sentencias del 27 de enero y 8 de junio de 2000, así como en la del 13 de junio de 2002, radicaciones 12336, 13724 y 17519, respectivamente.

VII. LA RÉPLICA

Al confutar los cargos la opositora, tras enrostrarle algunos defectos en la técnica de casación, en esencia, asevera: (i) que el fallador no incurrió en la aplicación retroactiva de la ley, ya que el derecho a la pensión nació en vigencia de la Ley 100 de 1993, y (ii) el Tribunal sí apreció correctamente las pruebas al proceso, y ejerciendo su facultad de libre apreciación, “llegó a las conclusiones sobre las omisiones de pagar los aportes pensionales cuando legalmente estaba obligada ello”.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dado el sendero directo seleccionado por la universidad recurrente, ésta no cuestiona los siguientes supuestos fácticos que encontró probados el juzgador de segundo grado: (i) que la actora laboró para la demandada por un tiempo total de 20 años, 4 meses y 12 días; (ii) que se desempeñó como docente; (iii) que la última asignación promedio mensual fue de \$428.121,00; (iv) que la demandante nació el 14 de febrero de 1941; (v) que la promotora de la litis es beneficiaria del régimen de transición, establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y (vi) que la universidad omitió afiliar a la demandante por un periodo considerable para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte.

Como se recuerda, la Sala sentenciadora llegó a la conclusión de confirmar la sentencia condenatoria adoptada por el juez de primer grado, luego de estimar que la omisión de la empleadora de afiliar a la trabajadora al régimen pensional, le generaba asumir el pago de la pensión, habida cuenta que “la posición expuesta por el apelante no es correcta, pues el Decreto 2665 de 1988 con base en el cual funda su inconformidad con el fallo del a quo, se desprende claramente que cuando el empleador no ha realizado el pago de los aportes a los que se encuentra obligado respecto de los trabajadores a su cargo, el ISS quedará relevado del pago de las prestaciones económicas que debió asumir en el caso de la correcta afiliación de los mismos, correspondiéndole entonces al empleador incumplido, el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a que hubiere lugar, en la misma forma y cuantía en que el ISS las hubiere reconocido (artículo 12 Decreto 2665 de 1988)”.

El principal descontento de la censura con el fallo recurrido gira en torno a que el Decreto 2665 de 1988, no contempla como consecuencia la de asumir la pensión por vejez, ante la falta de afiliación de trabajador al Instituto de Seguros Sociales, en el tiempo anterior a su vigencia.

I) Consideraciones previas.

Juzga conveniente la Corte comenzar por recordar 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. Lo anterior porque, a no dudarlo, existen eventos en los cuales el empleador debe reparar el perjuicio de una forma diferente al de asumir directa y exclusivamente la pensión o, incluso, hay situaciones en donde al empleador no le corresponda

adjudicarse ninguna carga económica.

Pues bien, en aras de buscar un primer acercamiento, necesario resulta traer a colación no solamente algunas disposiciones que han regulado el punto objeto de estudio, sino también la línea jurisprudencial trazada por esta Corporación en torno a la hermenéutica de cada una de ellas, así

1º) Decreto 1824 de 1965, que aprobó el Acuerdo 189 de la misma anualidad.

Dicho Decreto en su artículo 6º, previó que “Cuando el patrono no hubiere inscrito a sus trabajadores, estando obligado a hacerlo, y estos soliciten las prestaciones de este Seguro, el Instituto queda facultado para otorgarlas, pero el patrono deberá pagar al Instituto el capital constitutivo de las rentas y prestaciones que se otorguen, sin perjuicio de las acciones a que haya lugar por la infracción”.

En sentencia del 14 de febrero de 2002, radicación 16.036, la Sala sostuvo que en atención al contenido de la norma transcrita, no podría sancionarse al empleador con una carga que el legislador no dispuso, ya que en el evento de la no inscripción durante un período de tiempo, lo que puede acontecer es que el afectado inicie acciones por los perjuicios derivados de la falta de afiliación por ese período de tiempo, pero no la de reclamarle la diferencia pensional.

También se indicó que la anterior posición resulta más clara si se tiene en cuenta que en el artículo 7º siguiente del mismo Decreto, se estatuyó el pago de la diferencia en el monto de la pensión a cargo del patrono, pero sólo en el evento de que “la inscripción del trabajador haya sido hecha en forma inexacta en cuanto a la cuantía del salario devengado o el patrono no haya informado al Seguro los cambios posteriores operados en su remuneración...”.

En esa dirección la Corte recordó que la jurisprudencia había sosteniendo que ante el incumplimiento de la afiliación a una entidad de seguridad social, durante una parte del período en que se surtió la relación laboral, lo que procedía era el adelantamiento de una acción tendiente a obtener la reparación por los perjuicios ocasionados.

Para entonces, tenía adoctrinado claramente la Corte, en sentencia del 13 de mayo de 2000, radicación 13.242, que el incumplimiento en la inscripción del trabajador a la seguridad social, antes de la vigencia del Decreto 2665 de 1988 (Decreto 1824 de 1965, que aprobó el Acuerdo 189 de la misma anualidad), legitimaba al trabajador a reclamar la indemnización de perjuicios que se originara por tal omisión.

2º) Decreto 2665 de 1988

El artículo 19 del Decreto 2665 de 1988, que hace parte del Capítulo II sobre “Sanciones por violación de las normas sobre inscripción, registro y adscripción”, establece:

“La no afiliación.- Los empleadores que no inscriban a sus trabajadores o pensionados en el término establecido en el Reglamento de Registro, Inscripción, Afiliación y Adscripción, serán sancionados por el Instituto, con una multa equivalente a dos (2) veces el valor de los aportes que se hubieren causado en caso de afiliación. Las prestaciones causadas con anterioridad a la afiliación serán de cargo del patrono en los mismos términos en que el ISS las hubiere otorgado”.

A decir verdad, fueron muchas las decisiones que profirió la Corte en su labor hermenéutica alrededor de este precepto.

Por ejemplo en fallo del 13 de mayo de 2000, radicación 13.242, la Sala enseñó que el incumplimiento en la inscripción del trabajador a la seguridad social, después de que empezó a regir el Decreto 2665 de 1988, origina que el empleador sea el responsable directo de aquellas prestaciones que le hubiesen correspondido por la institución de seguridad social de haberse producido su afiliación.

Más adelante, en fallo del 4 de abril de 2001, radicación 15.668, la Sala recordó que a partir del año de 1988 cambió radicalmente el régimen vigente anteriormente, del que la jurisprudencia había derivado la obligación patronal en tales eventos del pago de los perjuicios que se lograran demostrar en el proceso. Entonces, con el Reglamento General de Sanciones del ISS contenido en el Decreto 2665 de 1988 (artículos 14, 19 y 67), las consecuencias de las omisiones en las obligaciones de afiliación y cotización, además de las sanciones pertinentes, consisten en que las prestaciones causadas con anterioridad a la afiliación están a cargo de los patronos en los mismos términos en que el ISS las hubiere otorgado.

Mediante sentencia del 31 de mayo de 2006, radicación 26.188, nuevamente la Corte memoró que de conformidad con el artículo 19 del reglamento general de sanciones y cobranzas del ISS - Decreto 2665 de 1988 – el empleador que no hubiese inscrito a sus trabajadores estando obligado hacerlo, deberá reconocerles a ellos y a los derecho habientes las prestaciones, causadas con anterioridad a la afiliación, que el ISS les hubiera otorgado en caso de que la afiliación se hubiese efectuado

En el año 2010, mediante providencia radicada con el número 38.154, la Corte Suprema de Justicia reiteró 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 se les llegare a ocasionar; pero esta situación jurídica varió a partir de esa fecha, y tal omisión se transformó en la obligación de responderles por las prestaciones, en los mismos términos en que el I.S.S. las hubiere otorgado.

3º) Decreto 3063 de 1989, aprobatorio del Acuerdo 044 de 1989.

El artículo 25 de dicho Acuerdo, establece que los empleadores están obligados con el Instituto de Seguros Sociales “a inscribir a sus trabajadores en forma simultánea con su vinculación laboral” (ordinal 1º); “a cancelar oportunamente los aportes patrono-laborales y demás sumas que adeude al ISS según los reglamentos” (ordinal 7º) y “a reconocer a los afiliados las prestaciones de los Seguros Sociales Obligatorios, cuando el ISS no esté obligado a hacerlo por no haber dado cumplimiento el patrono a lo previsto en los respectivos Reglamentos” (ordinal 11).

Así mismo, el artículo 71 ibídem, que remite al 70, instituye que el empleador que no hubiere inscrito al Instituto de Seguros Sociales a sus trabajadores, estando obligado a hacerlo, deberá reconocerle a él y a los derechohabientes, las prestaciones que dicho instituto le correspondiere otorgar en caso de afiliación, sin perjuicio de las sanciones pertinentes. Y la entidad sólo es responsable de las prestaciones económicas derivadas del seguro de invalidez, vejez y muerte a partir de la fecha de la inscripción, y el empleador responde por las prestaciones causadas con anterioridad a tal fecha en los términos señalados en el artículo anterior.

Sobre el particular la Corte en sentencia del 4 de abril de 2001, radicación 15.668, enseñó que este Acuerdo en su artículo 25 impuso a los empleadores la obligación de inscribir a sus trabajadores en forma simultánea con su vinculación laboral y en los artículos 70 y 71 ibídem,

reguló la obligación a cargo del empleador que no hubiese inscrito al ISS a sus trabajadores, estando obligado a hacerlo, de reconocerle a ellos y a sus derechohabientes, las prestaciones que les hubiese otorgado en esas circunstancias el ISS.

Y en la providencia del 27 de enero de 2000, radicación 12.336, la Corporación expresó que independientemente de las consideraciones que se puedan hacer sobre la subrogación pensional en los eventos de inscripción tardía o falta de afiliación al seguro social, “la norma aplicable al presente caso era el artículo 70 del Acuerdo 044 de 1989 (aprobado por decreto 3063 del 29 de diciembre de ese año), en tanto esa norma dispone de manera clara que en eventos como el sub lite cuando el patrono “...no hubiere inscrito a sus trabajadores estando obligado a hacerlo, deberá reconocerles... las prestaciones que el ISS les hubiere otorgado, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.” O sea, que una de las consecuencias que le acarrea al empleador la falta de afiliación de uno o varios de sus empleados es que deberá reconocer él directamente la prestación”.

4º) Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año.

El artículo 41 dispone: “ASUNCION POR PARTE DEL ISS DE LAS PENSIONES DE JUBILACION Y DE INVALIDEZ A CARGO DE LOS PATRONOS. El Instituto será responsable de las prestaciones de que trata el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte a partir de la afiliación, en los términos contemplados en el presente Reglamento.

Cuando un patrono no afilie a un trabajador deberá otorgarle las prestaciones que le hubiere cubierto el ISS en el caso de que lo hubiere afiliado”.

En fallo del 11 de mayo de 2012, radicación 38.154, la Sala sostuvo que el mencionado acuerdo, a través de la norma transcrita, busca que el empleador que no cumple con la afiliación de su trabajador a la seguridad social, asuma las prestaciones derivadas de ésta, en los mismos términos en que el I.S.S. las hubiera otorgado.

5º) Ley 100 de 1993.

Los artículos 11, 13, 15 y 288 de la Ley 100 de 1993 en armonía con el artículo 48 de la Constitución Política, consagran la obligatoriedad de la seguridad social para todos los trabajadores. Por tanto, el empleador que se abstenga de cumplir ese deber asume directamente el riesgo y las responsabilidades.

6º) Ley 797 de 2003.

El párrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el 33 de la Ley 100 de 1993, dispone:

“(...) Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

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

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”.

En reciente decisión del pasado 20 de marzo, radicación 42.398, la Sala, en línea de doctrina, señaló que dado que la prestación, bajo estudio, no se causó antes de la Ley 100 de 1993, su expectativa de pensión está regulada por esta disposición y sus modificaciones.

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

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

También enseñó que al hacer la remisión para efectos de realizar el cálculo actuarial por el tiempo laborado para un empleador omiso, el decreto en comento amplió el campo de aplicación contenido en el artículo 1° del D.1887 en cuestión, y lo hizo de forma pura y simple, pues no puso como condición que la relación laboral estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993, o que se hubiera iniciado con posterioridad a esta fecha. El no condicionamiento mencionado se explica en razón a que la situación a reglamentar contenida en el literal d del artículo 9 de la Ley 797 que modificó el artículo 33 original de la Ley 100 de 1993 tampoco tiene ese condicionamiento, como si lo trajo, desde un principio, la hipótesis prevista en el literal c) del Parágrafo 1° del artículo 33 de la citada Ley 100.

En ese horizonte, entendió la Sala que no era necesario la dicha exigencia, debido a que la Ley 797 de 2003 no estaba creando por primera vez la obligación del empleador de responder por el tiempo servido por el trabajador, sin la afiliación debida, puesto que esta obligación, en esencia, ha existido desde el momento mismo en que surgió, para aquel, la obligación de afiliar al trabajador al ISS.

Adujo que con la modificación introducida por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, lo que se busco fue adecuar al régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993, la forma de hacer el cómputo de los tiempos laborados por el trabajador para un empleador que fue omiso en su deber de afiliación al régimen de pensiones, en cualquier época; y en este sentido se expidió su decreto reglamentario, pues como lo dice el pre transcrito inciso 6° del artículo 17 del Decreto 3798, el Decreto 1887 de 1994 se aplicará para hacer el cálculo actuarial “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”.

Así, reiteró lo razonado en la sentencia del 27 de enero de 2009, radicación 32.179 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.

II) Adecuación de los supuestos en precedencia al asunto bajo escrutinio.

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.

Repárese, 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.

En resolución, considera la Sala que todos los argumentos expuestos, son suficientes para dar respuesta a los planteamientos esgrimidos por la recurrente. Por ende el cargo no se abre paso.

IX. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia por la vía indirecta, por aplicación indebida de los artículos “16 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo; 1°, 9°, 49, 72 y 76 de la Ley 90 de 1946; 5° del Decreto ley 1695 de 1960; 5°, 6°, y 19 del acuerdo 189 de 1965 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1° del Decreto 1824 del 12 de julio de 1965; 1° literal a), 11, 18 y 38 del Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del, en aquel entonces, Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1° del Decreto 3041 de 1966; artículos 12 y 19 del decreto 2665 de 1988; artículos 1604, 1610, 1613, 1614, 1615 y 1616 del Código Civil; artículos 33, 36, y 141 de la ley 100 de 1993, y 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el 1° del decreto 758 del mismo año”.

Como manifiestos errores de hecho singulariza los siguientes:

“1. Dar por demostrado, sin estarlo, que la demandante le prestó servicio a la Universidad demandada, mediante contrato de trabajo, durante 1000 semanas contadas desde el 26 de diciembre de 1988.

2. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante no laboró quinientas semanas al servicio de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, a partir del 26 de diciembre de 1988 y hasta el 14 de febrero de 1996 fecha en la cual cumplió los 55 años de edad.

3. Dar por demostrado, sin estarlo, que la demandante no recibe pensión de jubilación o de vejez.

4. No dar por demostrado, estándolo, que la vinculación que existió entre las partes en el primer semestre de 1994, durante los años de 1996, 1997 y 1998, así como en el primer semestre de 1999, fueron contratos civiles de prestación de servicios.

5. No dar por demostrado, estándolo, que la Universidad demandada cumplió a cabalidad con la afiliación de la actora a la seguridad social desde el primer contrato de 1984 y en todos los contratos de trabajo posteriores hasta la fecha de su retiro, el 12 de noviembre de 2000.

6. Dar por demostrado, sin estarlo, que la demandante trabajó para la Universidad Jorge Tadeo Lozano mediante contrato de trabajo un total de 7332 días, es decir, 20 años 4 meses y 12 días”.

7. Dar por demostrado, sin estarlo, que la actora tiene derecho a una pensión de vejez a cargo

exclusivo de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

8. No dar por demostrado, estándolo, que al mismo tiempo que la demandante le prestaba servicio a la Universidad Jorge Tadeo Lozano, trabajaba también para otras entidades tales como: Colegio de María Auxiliadora, Colegio de San José, Congregación HH de CC Col La Salle, Colegio Femenino Flórez Tovar, Universidad Agraria, Universidad de América, Universidad Distrital, Universidad Nacional y Escuela de Administración de Negocios.

9. No dar por demostrado, estándolo, que al mismo tiempo en que la demandante le prestaba servicio a la Universidad Jorge Tadeo Lozano, estuvo afiliada al Fondo de Pensiones DAVIVIR por cuenta de otra entidad empleadora.

10. Dar por demostrado, sin estarlo, que la demandante le prestó servicio a la Universidad Jorge Tadeo Lozano, por contrato de trabajo, durante los siguientes periodos (sic) académicos: del 24 de enero al 19 de mayo de 1994; del 23 de enero al 16 de mayo y del 31 de julio al 26 de noviembre de 1995; del 29 de enero al 22 de mayo y del 5 de agosto al 29 de noviembre de 1996; del 3 de febrero al 28 de mayo y del 4 de agosto al 1 de diciembre de 1997; del 26 de enero al 21 de mayo y del 3 de agosto al 30 de noviembre de 1998; y del 26 de enero al 21 de mayo de 1999.

11. No dar por demostrado, estándolo, que desde la vigencia del decreto 2665 de 1988 no hubo omisión alguna por parte de la demandada en la afiliación de la demandante a la seguridad social.

12. Dar por demostrado, sin estarlo, que por alguna omisión de la demandada frente a la afiliación de la demandante a la seguridad social, a ésta no le fue posible obtener la pensión de jubilación o de vejez”.

Señala como pruebas indebidamente valoradas:

“ (...)

La demanda (folios 1 a 9)

La contestación a la demanda (folios 134 a 139)

Registro civil de nacimiento a folio 122

Documentos de folios 89 y 90, 87 y 88, 386, 85 y 86, 83 y 84, 81 y 82, 79 y 80, 76 y 77, 75 y 304, 73 y 296, 293 y 295, 287, 282 y 283, 71 y 275, 69, 67, 68, 65, 66, 63, 64, 61, 62, 59, 60, 57, 58, 55, 56, 46, 47, 42, 44, 45, 40, 186 y 189, 36 a 37, 38 a 39, 32 a 33, 34 a 35, 28, 166 a 167, 30 a 31, 159 a 160, 24 a 25, 144, 145 a 146, 156, 431 del expediente.

Contratos de prestación de servicios profesionales firmados entre las partes folios 26^a 27, 28 a 29, 30 a 31, 32 a 33, 34 a 35, 36 a 37, 38 a 39, 44 a 45”.

Relaciona como pruebas no contempladas:

“1. Confesión de la actora en interrogatorio de parte a folios 400 a 401.

2. Documentos que acreditan la afiliación al ISS de la demandante por parte de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, durante todas sus vinculaciones laborales acaecidas desde el 13 de febrero de 1984 hasta el 12 de noviembre de 2000, a folios: 272, 274, 269, 265, 259, 253, 250, 243, 240, 237, 234, 232, 228, 222, 112 a 114, 115 a 118, 153, 424, 425, 426, 427, 428 y 431, en su orden.

3. Documentos de folios 431 vto., 432, 433, 434 y 436 que acreditan la afiliación de la demandante al ISS por cuenta de entidades diferentes de la demandada y por la misma época en la cual aquella le prestaba servicio a la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

4. Documento de folio 332 que acredita que para el año de 1972, la actora laboraba también para la Texas Petroleum Company.

5. Documento de folios 326 a 327 que acredita la vinculación de la demandante con la Universidad Nacional y con la Universidad Distrital por la misma época en la cual trabajaba para la Universidad Jorge Tadeo Lozano y de la misma que se duele porque ésta última no le cotizó para pensiones, como son la década de los setentas y los primeros años de la década de los ochentas.

6. Documento de folio 155 que demuestra que la demandante estuvo afiliada al Fondo de Pensiones DAVIVIR durante la misma época en la cual trabajaba para la Universidad Jorge Tadeo Lozano y por cuenta de otra entidad empleadora”.

Sostiene la impugnante que el tribunal se equivocó “cuando no contó las semanas que trascurrieron en la relación laboral sólo a partir del 26 de diciembre de 1988 (fecha del decreto 2665) para saber si de la omisión de la demandada podía derivarse, o no, esa consecuencia jurídica pretendida por la accionante. Si así hubiera procedido el fallador colegiado, y además hubiera analizado los documentos que acreditan la afiliación al ISS de la demandante por parte de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, durante todas sus vinculaciones laborales acaecidas desde el 13 de febrero de 1984 hasta el 12 de noviembre de 2000, a folios: 272, 274, 269, 265, 259, 253, 250, 243, 240, 237, 234, 232, 228, 222, 112 a 114, 115 a 118, 153, 424, 425, 426, 427, 428 y 431, en su orden; se habría percatado de que después del Decreto 2665 de 1988, jamás la Universidad incurrió en omisión alguna frente a la afiliación de la demandante a la seguridad social, en todos y cada uno de los periodos (sic) académicos en los cuales estuvo vinculada por contrato de trabajo”.

Enseguida afirma que “si el fallador hubiera analizado correctamente los libelos de demanda y de respuesta, y si hubiera examinado los documentos de folios 332, 326 a 327, 155, 156, 431 vto., 432, 433, 434 y 436 se habría percatado de que al mismo tiempo que la demandante le prestaba servicio a la Universidad Jorge Tadeo Lozano, trabajaba también para otras entidades tales como: Colegio de María Auxiliadora, Colegio de San José, Congregación HH de CC Col La Salle, Colegio Femenino Flórez Tovar, Universidad Agraria, Universidad de América, Universidad Distrital, Universidad Nacional y Escuela de Administración de Negocios; que éstas entidades

también tenían obligación de afilarla a la seguridad social y de hecho lo hicieron; y al mismo tiempo en que la demandante le prestaba servicio a la Universidad Jorge Tadeo Lozano, estuvo afiliada al Fondo de Pensiones DAVIVIR por cuenta de otra entidad empleadora. Habría observado por ejemplo en el documento de folios 326 a 327 que en la Universidad Nacional la actora laboró por lo menos desde 1970 hasta 1981; y que en la Universidad Distrital trabajó desde el 23 de marzo de 1981 y continuaba vinculada cuando ella misma elaboró este documento, entidad que pagaba los aportes a la seguridad social como lo demuestran los documentos de folios 155 y 156”.

X. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En cuanto a las diferentes inconformidades que plantea la recurrente en los 12 errores de hecho propuestos, debe decir la Sala, que se exhiben extemporáneas, habida cuenta de que ninguna de ellas fue objeto de descontento por parte de la universidad demandada al momento de sustentar el recurso de alzada interpuesto contra la decisión de primer grado, lo que, a no dudarlo, impide el examen por parte de la Corporación, toda vez que giran en torno a unos puntuales temas agotados en las instancias.

Planteamientos como el de la naturaleza jurídica de algunos contratos celebrados entre las partes en contienda; que al mismo tiempo que la demandante le prestaba los servicios a la Universidad Jorge Tadeo, trabajaba también en otras entidades; que las cotizaciones deben contabilizarse a partir de la vigencia del Decreto 2665 de 1988 y no antes; que si la demandante recibe o no pensión de jubilación o vejez; que la demandada cumplió a cabalidad con la afiliación de la actora a la seguridad social desde el primer contrato de 1984 y en todos los contratos posteriores hasta la fecha de su retiro; que mientras la accionante le prestó sus servicios a la demandada estuvo afiliada al Fondo de Pensiones DAVIVIR por cuenta de otra entidad empleadora, no fueron propuestos al presentar el recurso vertical.

Recuérdese que el juez de primera instancia, en esencia, sostuvo, que “(...) la demandante trabajó para LA FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO, vinculada mediante diferentes contratos de trabajo desde el 3 de febrero de 1970 al 25 de noviembre de 1993, del 8 de agosto al 26 de noviembre de 1994; del 23 de enero al 16 de mayo de 1995; del 24 de enero al 18 de mayo de 2000 y del 24 de julio al 12 de noviembre de 2000, para un total de 22 años, 15 (...) periodo (sic) durante el cual era obligatorio para la demandada cotizar para los riesgos de invalidez, vejez y muerte(...) la actora cumplió los 55 años de edad el 14 de febrero de 1996, y siguiendo las previsiones de la norma transcrita [artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990], debió cotizar entre esa fecha y el 14 de febrero de 1976, por lo menos 500 semanas, presupuesto fáctico que no aparece demostrado en el plenario, pues de la documental de folio 426 se infiere que alcanzó a cotizar solo 344.8571 semanas en dicho lapso. Pues no hay constancia que hubiera cotizado durante los años comprendidos entre 1976 a 1994. Ahora, con respecto al requisito de las 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, debe tenerse en cuenta que según la comunicación del Instituto de Seguros Sociales, obrante a folio 423, se desprende que tiene 738 semanas cotizadas aproximadamente, lo que indica que con el incumplimiento del empleador que dejó de cotizar las sumas comprendidas entre el 3 de febrero de 1970 al 9 de septiembre de 1984 y los primeros semestres de 1986 y 1990, se hubiera cumplido con dicho requisito”.

Leído con cuidado el escrito contentivo del recurso de apelación interpuesto por la accionada, se observa que si bien adujo que la “demandante fue afiliada al Instituto de Seguros Sociales a partir del 3 de febrero de 1984, tal como puede observarse a folios 279”, también lo es que estructuró

toda su argumentación alrededor de que en “vigencia del decreto 2665 de 1988 la omisión en la afiliación a la seguridad social generaba como consecuencia que el empleador asumiera el pago de la respectiva prestación, por ello ante la no afiliación en un periodo transcurrido antes de la vigencia de la mencionada normatividad, como en este caso, la consecuencia jurídica es la de una eventual indemnización”.

En ese horizonte, entonces, y siendo cristalino que en los términos de los artículos 57 de la Ley 2a. de 1984, y hoy del CPT y SS Art.66 A, adicionalmente por la Ley 712 de 2001 Art 35, quien formule el recurso de apelación debe sustentarlo en debida forma ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, y por fuerza del principio de las limitaciones del recurso por razón de las posibilidades del tribunal de apelación, al fallador de segundo grado, por regla general, no puede exigírsele que actúe más allá de su ámbito de competencia, fijado por las partes en el recurso de alzada.

Se resalta que si la universidad agraviada guardó total mutismo al momento de sustentar la impugnación, en relación con la mayoría de los hechos que encontró acreditados el juez a-quo, ello en rigor supone que se conformó con la decisión que tuvo como báculo dichos supuestos fácticos. Por consiguiente, carecía el Tribunal de competencia totalizadora para examinar temas que no le fueron propuestos y de paso también la Corte Suprema de Justicia. Dicho en breve: no es dable imputarle al juzgador la comisión de unos errores en relación a unos aspectos frente a los cuales no hubo pronunciamiento, precisamente porque no fueron materia de apelación.

Acá se ofrece de trascendencia memorar lo enseñado por esta Sala en sentencia del 28 de febrero de 2008, radicación 29.224, en torno al postulado de las limitaciones del recurso por razón de las posibilidades del tribunal de apelación, “principio según el cual al fallador de segundo grado no puede exigírsele que actúe más allá de su ámbito de competencia, fijado por las partes; como también se desprende de lo explicado por la Corte de tiempo atrás en asuntos similares al presente (...)”.

Concerniente al error consistente en que el Tribunal dio por demostrado, sin estarlo, que la demandante trabajó para la Universidad Jorge Tadeo Lozano mediante contrato de trabajo “un total de 7332 días, es decir, 20 años, 4 meses y 12”, la recurrente no logra acreditar tal equivocación ni le muestra a la Corte el eventual yerro fáctico en la apreciación del haz probatorio.

Como es suficientemente sabido, cuando la violación de la ley sustancial se pretende derivar de la mala valoración de las pruebas, debe el impugnante, si quiere que su acusación quede debidamente fundada, exponer en forma clara lo que la prueba acredita y en qué consiste la errónea apreciación del juzgador. Esta demostración se debe hacer mediante un análisis razonado y crítico de los medios probatorios, confrontando la conclusión que se deduzca de este proceso intelectual de argumentación con las conclusiones acogidas en la resolución judicial. Esta tarea de razonamiento, que incumbe exclusivamente a quien acusa la sentencia, implica para él hacerle ver a la Corte la ostensible contradicción entre el defecto valorativo de la prueba y la realidad procesal.

Así las cosas, el cargo se desestima.

Costas en el recurso extraordinario por cuenta de la recurrente, toda vez que los cargos formulados no prosperaron y hubo réplica, para lo cual se fija la suma de seis millones quinientos mil pesos moneda corriente (\$6.000.000,00) que se incluirá en la liquidación que

para el efecto practique la Secretaría.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 22 de mayo de 2008, en el proceso que MARÍA BERNARDA MORENO DUARTE promovió contra la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

(Impedido)

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

