

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: DRA. SONIA MARTÍNEZ DE FORERO**

**ACTA DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
DE RAFAEL ANTONIO QUINTERO MILANES CONTRA UNIVERSIDAD  
EXTERNADO DE COLOMBIA.**

---

En la ciudad de Bogotá D.C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil once (2011), siendo la hora de las tres (3:00) de la tarde, fecha y hora previamente señaladas en providencia anterior para la celebración de la presente audiencia de Juzgamiento, la Magistrada Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, se constituyeron en ella y la declararon abierta.

Prevía deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la sala de decisión, se procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

El señor RAFAEL EUGENIO QUINTERO MILANES, actuando a través de apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, a fin de obtener el pago a favor del Instituto de Seguros Sociales de los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, correspondientes a la relación laboral que sostuvo entre el 7 de enero de 1979 y el 30 de noviembre de 1991, con el fin de que

dicha entidad tenga en cuenta las respectivas semanas en el momento en el que evalúe la posibilidad de reconocerle una pensión de vejez.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, expuso básicamente que estuvo vinculado con la Universidad Externado de Colombia, en diferentes periodos comprendidos entre el 7 de enero de 1979 y el 30 de noviembre de 1991, en calidad de docente, dictando la cátedra de práctica civil. Igualmente, que durante todo el tiempo en el que prestó sus servicios, la demandada no lo afilió al Instituto de Seguros Sociales ni realizó los respectivos aportes.

Indicó también que pretende obtener los beneficios consagrados en la Ley 797 de 2003, que estableció la posibilidad de incluir dentro del cómputo de las semanas necesarias para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, las que se hubieran generado por el tiempo de servicio prestado a un empleador que no realizó la afiliación. Aclaró, en dicha medida, que no pretende el reconocimiento de prestaciones sociales o salarios, por lo que no es dable oponer la ocurrencia del fenómeno de prescripción.

La entidad demandada contestó la demanda y se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos, aceptó como ciertos los relativos a la existencia de la relación laboral y la falta de afiliación del actor al Instituto de Seguros Sociales, pero aclaró que éste era docente de hora cátedra y que no estaba en la obligación de realizar la afiliación, de acuerdo con las normas vigentes y aplicables. Propuso como excepciones las que denominó prescripción, falta de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y aplicación de la ley en el tiempo.

Tramitada la primera instancia, el Juez Octavo Adjunto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia el 16 de diciembre de 2009, mediante la cual se absolvió a la demanda de todas las pretensiones de la demanda.

Inconforme con tal determinación, el apoderado del actor interpuso recurso de apelación, en los términos contenidos en el documento obrante a folios 190 y 191.

## CONSIDERACIONES

Para proceder al análisis del recurso de apelación interpuesto, la Sala comenzará por asumir las siguientes premisas, que fueron deducidas por el juez de primera instancia y que no fueron controvertidas por las partes en litigio:

i) El señor Rafael Eugenio Quintero Milanes estuvo vinculado con la Universidad Externado de Colombia, a través de varios contratos de trabajo, que se desarrollaron entre el 7 de enero de 1979 y el 30 de noviembre de 1991, con varias interrupciones que dependieron fundamentalmente de la finalización de cada periodo lectivo.

ii) A pesar de la vigencia de las relaciones laborales, mediadas por contratos de trabajo, la entidad accionada se abstuvo de afiliar al trabajador al Instituto de Seguros Sociales y de realizar los aportes obrero-patronales correspondientes.

Fijadas las anteriores premisas, para la Sala existen dos temas jurídicos centrales que informan el presente proceso y que resulta preciso resolver. Primero, determinar si el trabajador demandante, debido a sus condiciones de *profesor de hora cátedra*, no tenía la calidad de afiliado obligatorio al seguro de invalidez, vejez y muerte y si, por ello mismo, la universidad accionada se encontraba legítimamente excusada de realizar su inscripción y pagar los aportes. Segundo, de tener el trabajador la condición de afiliado obligatorio, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas de que su empleador no lo hubiera afiliado y no hubiera realizado los aportes y, más específicamente, definir si es viable ordenar el pago de los mismos al ISS, como el remedio más adecuado, en la forma pedida en la demanda.

La Sala procederá entonces al estudio de los temas planteados.

### **Condición de afiliado obligatorio del trabajador demandante.**

En este punto, la Sala comparte íntegramente las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia, así como la conclusión de que el demandante tenía la condición de afiliado obligatorio y que, por ello mismo, la accionada tenía la obligación de inscribirlo en el seguro de invalidez, vejez y muerte y realizar los aportes respectivos.

Para tal efecto es preciso descartar, en primer término, la aplicación del Decreto 3127 de 1945, como lo sostuvo la demandada, pues para la data de vigencia de los vínculos laborales debidamente establecidos en el plenario, la norma vigente y aplicable era el Decreto 3041 de 1966, que determina con precisión quiénes están sujetos al seguro social obligatorio y quiénes tienen la condición de excluidos del mismo. En el literal a) del artículo 1 de la referida norma, se contempla como afiliados obligatorios a “[l]os trabajadores nacionales y extranjeros que, en virtud de un contrato de trabajo, presten servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley o por el presente reglamento”.

Ahora bien, el demandante se encontraba vinculado mediante contrato de trabajo, como quedó establecido en líneas anteriores, además de que, por sus condiciones, no fue expresamente excluido del seguro obligatorio. En este punto, vale la pena reiterar que su condición no encaja dentro de las hipótesis de exclusión previstas en el artículo 3 del Decreto 3041 de 1966, además de que el Decreto 1824 de 1965, que menciona la demandada, regula el procedimiento de entrada en vigencia del seguro de invalidez, vejez y muerte, dentro del territorio nacional, pero no establece hipótesis de exclusión de trabajadores, que por otra parte deben tener el carácter de expresas.

Finalmente, la Sala debe precisar que aunque existen procedimientos sancionatorios en contra del empleador por el incumplimiento de sus obligaciones, como los que establece el Decreto 2665 de 1988, además de la facultad oficiosa de afiliación por el ISS prevista en el artículo 33 del Decreto 3063 de 1989, el empleador no puede excusar en forma pura y simple sus obligaciones y sus responsabilidades, en lo que tiene que ver con el

reconocimiento de los derechos y las prestaciones que consagraba el seguro social obligatorio, así como sobre las afectaciones que éstos puedan sufrir por su conducta omisiva. Esto es que, la imposición de las sanciones por incumplimiento en el pago de aportes no eliminan jurídicamente las prestaciones, pues las dos tienen fundamentos totalmente autónomos, de forma tal que un derecho de pensión, indemnización, cotización, etc., no termina jurídicamente porque a un empleador se le sancione por no cumplir con sus obligaciones al respecto. Así las cosas, se debe reiterar que el demandante tenía la condición de afiliado obligatorio y que la universidad accionada estaba en la obligación de inscribirlo y realizar el pago de los aportes.

Ahora bien, en el mismo orden de ideas, tales aportes y las deudas a favor del ISS que se producen como consecuencia no se tornan *inexistentes* en el momento en que la relación laboral termina, como lo arguye la demandada, por el hecho de que el empleador no hubiera pagado oportunamente.

En este punto, debe precisarse que el artículo 73 del Decreto 2665 de 1998 establece procedimientos para el cobro de las deudas a favor del ISS, de acuerdo con la condición de cada una de ellas. Asimismo, que al consagrar unas deudas que por su carácter son *inexistentes*, se refiere a créditos que no encuentran fundamento en las obligaciones del seguro social obligatorio, tales como los que corresponden a trabajadores excluidos y los que se liquidan por error. Por ello mismo, cuando se precisa como deuda *inexistente* la que corresponde a “(...) *aportes patrono-laborales cobrados con posterioridad a la cesación del vínculo laboral*”, se debe entender como tal a la que se factura por aportes *causados* con posterioridad a la finalización de la relación laboral, pues finalizado el vínculo cesa la obligación de efectuar aportes. Por el contrario, no debe dársele a la norma el entendimiento que presenta la demandada, pues el empleador no puede eliminar sus créditos simplemente con dejar de pagarlos. Tal comprensión no resulta lógica ni admisible para la Sala.

**Consecuencias jurídicas de que el empleador no hubiera realizado los aportes debiendo hacerlo. Posibilidad de ordenar su pago en las condiciones establecidas por el Instituto de Seguros Sociales.**

Dentro del presente proceso se analizaron básicamente tres fórmulas para encontrar remedio a la conducta del empleador de no afiliarse al trabajador y no realizar los correspondientes aportes: i) el pago de una indemnización de perjuicios debidamente demostrada, antes de la vigencia del Decreto 2665 de 1988; ii) el pago de las prestaciones correspondientes por parte del empleador, después de la vigencia del Decreto 2665 de 1988; iii) y la posibilidad de trasladar los aportes al Instituto de Seguros Sociales, a través de un cálculo actuarial, de acuerdo con lo previsto en la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, la Sala concuerda con lo expuesto por el juez de primera instancia, en cuanto a que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene establecido que la consecuencia jurídica de la falta de afiliación y pago de aportes anteriores a la vigencia del Decreto 2665 de 1998 es una indemnización de perjuicios que corresponde al empleador (ver la sentencia 16 de noviembre de 2004, Rad. 24121). No obstante, la Sala debe llamar la atención en que tal consideración fue estructurada precisamente para descartar de plano la posibilidad de condenar a un empleador a pagar directamente las prestaciones derivadas del seguro social obligatorio, a la vez que se conservó la otra posibilidad de que sea la entidad de seguridad social la que pague las prestaciones, repitiendo posteriormente los aportes. Así, en una de las consideraciones de la decisión del 6 de junio de 2001 (Rad. 15443), allí citada, se estableció que: *“(...) en lo atinente a la falta de inscripción de los trabajadores dispone que si éstos solicitan al seguro las prestaciones, éste queda facultado para otorgarlas, dejando a salvo su derecho de repetición contra el empleador negligente.”*

En el anterior orden, la posibilidad de pagar los aportes al Instituto de Seguros Sociales no resulta totalmente contraria a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, además de que se acompaña con la nueva normatividad consagrada en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que permite al trabajador contabilizar el tiempo de servicio prestado a un empleador que nunca lo afilió, ni

realizó aportes. Esto último, contrario a lo señalado por el juez de primera instancia.

En igual sentido, de las tres fórmulas de reparación planteadas, para la Sala la más equitativa y la que informa de mejor manera los principios y la filosofía del sistema de seguridad social es la que prevé el pago de los aportes al Instituto de Seguros Sociales, a través de un cálculo actuarial, puesto que son las entidades de seguridad social las que pueden ejecutar, dirigir y vigilar las normas y principios de la seguridad social de forma mas eficiente, además de que pueden garantizar el pago de las prestaciones a las personas en completa y efectiva. La Corte Constitucional ha señalado al respecto que “[l]a *naturaleza jurídica de los fondos administradores de pensiones, que son los encargados de reconocer el derecho constitucional a la pensión, fue diseñado para garantizar la administración de recursos con destinación prioritaria y autónoma de los dineros recaudados por el sector trabajador. La Constitución excluye de la órbita de la autonomía de la voluntad privada la prestación de la seguridad social, pues se considera un derecho en donde por esencia, el Estado debe controlar, dirigir y coordinar. Tanto en la Constitución como en su desarrollo legal, se establece la institucionalización de los fondos administradores de pensiones, los cuales se autorizan por el Estado con base en criterios de eficiencia y seguridad en el desempeño de sus labores.*”<sup>1</sup>

En ese orden, resulta más adecuado lograr una forma de pago de las pensiones a través de entidades de seguridad social, que a través del empleador o de indemnizaciones privadas. De igual forma, resulta totalmente contrario a la equidad permitir que los empleadores dejen de cumplir con sus obligaciones relativas a la seguridad social y que el trabajador no encuentre a su disposición un remedio efectivo, que le permita resguardar su derecho de pensión, que a su vez debe asumirse como la finalidad última del seguro social obligatorio y del nuevo sistema de seguridad social.

Por otra parte, para la Sala sí es posible darle aplicación a la Ley 797 de 2003 en el presente asunto y, tras ello, darle viabilidad a las pretensiones planteadas en la demanda, de pago de aportes con destino al Instituto de

---

<sup>1</sup> Sentencia T 339 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Seguros Sociales. En efecto, para respaldar tal hipótesis debe tenerse en cuenta: *i)* que el trabajador ha manifestado clara y expresamente su intención de acogerse a lo allí dispuesto; *ii)* que el trabajador o afiliado se encuentra legitimado para defender y perseguir en cualquier tiempo el capital necesario para la financiación de su pensión, así como el pago de las cotizaciones necesarias para tales efectos, sin que tenga que esperar el cumplimiento de los requisitos y el estudio del derecho; *iii)* y que, en estricto sentido, no existe un conflicto de vigencia de normas en el tiempo, pues frente al tema de las pensiones de jubilación se ha sostenido reiteradamente que mientras no se cause íntegramente como derecho, constituye una mera expectativa, que puede ser afectada por normas posteriores, ante la inexistencia de derechos adquiridos. En tal caso, si es posible que una expectativa de pensión se vea menguada por nuevas normas regresivas o más gravosas que las anteriores, con mucha mayor razón es dable admitir que la expectativa de pensión se vea favorecida por nuevas normas que resultan más favorables para el caso concreto.

En primer lugar, la Sala no encuentra acertados los razonamientos expuestos por el Juez de primera instancia para negar la aplicabilidad de la Ley 797 de 2003, en cuanto a que el demandante no se acogió a lo allí previsto, ni acreditó el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios para adquirir el derecho de pensión. Contrario a ello, se debe advertir que el trabajador ha manifestado de manera palmaria su intención de acogerse a las previsiones de la referida norma y, por tal razón, sus pretensiones se estructuran en las fórmulas de composición de semanas que allí se regulan.

En segundo lugar, se debe precisar que el actor no reclamó el reconocimiento de la pensión de vejez y que, por ello mismo, no le era exigible la demostración de los requisitos de edad y tiempo de servicios, como lo sostuvo el a-quo. Por el contrario, el trabajador persigue una fórmula de compensación al no pago de sus aportes durante la vigencia de su relación laboral con la universidad accionada, que, como ya se indicó, es una facultad que puede ejercerse en cualquier tiempo y no necesariamente cuando se configura el derecho de pensión, pues tal potestad tiene que ver con la facultad de todo trabajador de velar por la integración en debida forma del capital y los requisitos necesarios para que se genere su derecho sin contratiempo alguno.

Finalmente, la Sala debe advertir que a pesar de que la Ley 797 de 2003 no se encontraba vigente para la data en que se encontraba en curso la relación laboral y se generó la obligación de efectuar los aportes, sí consagró una posibilidad de integración de semanas para adquirir el derecho de pensión que resulta más favorable para el caso concreto y que remedia plenamente la omisión del empleador, que a su vez está plenamente demostrada.

Debe tenerse en cuenta en este punto, que la pensión de jubilación es un derecho que se causa luego de varios años de trabajo y que, por ello, generalmente está sometido a tránsitos de legislación. En el mismo sentido que, ante dicho tránsito de legislaciones, por regla general se ha sostenido que la norma aplicable es la vigente en el momento de cumplirse los requisitos para la pensión y no la vigente en el momento de pagarse las semanas. Igualmente que, también por regla general, se ha aceptado que las nuevas normas que resultan más regresivas pueden afectar la expectativa pensional, pues si no se ha causado plenamente el derecho, lo que existe es una mera expectativa. Finalmente, que si es posible desmejorar la expectativa de un trabajador, con mucha mayor razón resulta dable mejorarla, teniendo en cuenta el principio de progresividad de los derechos sociales.

Haciendo uso de tales premisas, resulta dable admitir que la Ley 797 de 2003 es aplicable al trabajador porque, a pesar de ser posterior a la data en que se causaron las semanas, puede amparar el derecho de pensión que pida el trabajador, cumpliéndose las condiciones allí previstas. Asimismo, porque si se admitiera un tránsito de legislaciones, la presente norma es posterior, regula una situación en curso que debe quedar cobijada en virtud del principio de retrospectividad – la configuración del derecho de pensión está en curso, pues no se ha estructurado plenamente - y resulta más favorable para el caso concreto. Tras ello, su aplicación deviene inexcusable.

Por último, para la Sala resulta conveniente anotar que el Instituto de Seguros Sociales presentó un oficio (fls. 171 a 173) en el que admitió la posibilidad de *validar* los tiempos laborados por el actor y que se discuten en el presente asunto, conforme con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de

2003, en los términos que ha expuesto la Sala. Indicó concretamente que “[e]n este caso se reúnen las condiciones, por lo tanto la Unidad de Planeación y Actuarial ha procedido a realizar el cálculo actuarial preliminar con base en el Decreto 1887 de 1994 para la validación de tiempos laborados y no cotizados al ISS”.

Igualmente, que la Sala no proferirá ninguna condena en contra del Instituto de Seguros Sociales que afecte su derecho fundamental al debido proceso, pues simplemente ordenará el pago de unos aportes en la forma que ya ha sido aceptada y que el mismo instituto debe concretar y determinar. En ese sentido, el ISS tiene la potestad de, posteriormente, analizar autónomamente las pretensiones de pensión que le plantee el actor.

Como consecuencia de lo anterior, se revocará la decisión apelada, para en su lugar condenar a la Universidad Externado de Colombia al pago, previa afiliación, surtida en legal forma respecto del demandante, señor RAFAEL EUGENIO QUINERO MILANES, de los aportes para pensión con destino al ISS, correspondientes a las relaciones laborales vigentes entre el 7 de enero de 1979 y el 30 de noviembre de 1991, en la forma analizada por el ISS en el oficio obrante a folios 171 a 173 y que muestra un “*valor de la reserva actuarial hasta finales de dic de 2009*” igual a \$69.603.902. Dicho cálculo actuarial, por otra parte, deberá ser actualizado, en las condiciones que establezca el Instituto de Seguros Sociales.

### **Excepciones.**

Por las mismas razones anteriormente expuestas, se declaran no probadas las excepciones de falta de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y aplicación de la ley en el tiempo.

En lo que tiene que ver con la excepción de prescripción, basta con recordar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que la pensión está sometida a una condición suspensiva y que las acciones tendientes a la conformación del capital necesario para su

pago, no quedan sujetas a prescripción. Para clarificar el anterior punto, vale la pena traer a colación la sentencia del 18 de febrero de 2004, Rad. 21.378, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

*“No debe desconocerse que para su formación, el derecho de pensión requiere de la confluencia de dos circunstancias que necesariamente implica el transcurso de un lapso de tiempo bastante prolongado, que supera ampliamente los términos de prescripción de las acciones que emanan de las leyes sociales, en la medida que desde su iniciación hasta su culminación, deben transcurrir, por lo menos, 20 años de servicios o haberse cotizado al Seguro durante mínimo 1.000 semanas.*

*Mientras el derecho está en formación, se ha dicho igualmente por la jurisprudencia, la prestación está sometida “...a condición suspensiva, que solamente se perfecciona como derecho cuando concurren los requisitos que la ley exige...” (Cas. 31 de oct. De 1957 G. J., LXXXVI, núms. 2188 a 2190, 2ª parte, p. 747), lo que implica necesariamente que durante ese lapso no es exigible y, por lo mismo, que no opere en su contra plazo extintivo alguno, pues es solo a partir de que adquiere este atributo, que comienza a contarse el término de prescripción de las acciones tendientes a su protección, como lo tiene dicho esta Sala de tiempo atrás.*

*A pesar de ser complejo en su formación el derecho de pensión, no pueden mirarse aisladamente sus elementos constitutivos, en lo que respecta especialmente al tiempo de servicio o semanas de cotización que se requieren como condición para su exigibilidad, de modo que no puede predicarse, en este caso específico, que aunque el derecho en sí no prescribe, si prescriben los elementos que lo conforman, porque en la practica sería imposible su gestación, dado lo prolongado de los términos. Así no cabría entender que un empleador quedaría liberado de su obligación pensional con respecto a un trabajador, que no reclamare por el tiempo laborado, dentro de los tres años siguientes a la terminación de la relación de trabajo, cuando apenas su derecho a reclamar la pensión se perfeccionó en un tiempo posterior muy superior.*

*Ahora bien, si el derecho a la pensión es imprescriptible y durante su formación está sometido a la condición suspensiva de que confluyan los requisitos mínimos exigidos en la ley, no puede afirmarse contrariamente, que las acciones encaminadas a obtener su conformación, mediante el pago de las semanas dejadas de cotizar, estén sometidas al término trienal ordinario de prescripción, pues ello haría nugatorio su reconocimiento, toda vez que solo serían exigibles, tanto frente al empleador, como frente a la entidad de seguridad social, sino aquellas causadas durante este último lapso.”*

En el anterior orden de ideas, la prescripción no puede afectar válidamente los aportes cobrados y, en ese orden, la excepción se dará por no probada.

Sin costas en la alzada. Las de primera instancia correrán por cuenta de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá D.C., por conducto de la Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia apelada y en su lugar **CONDENAR** a la Universidad Externado de Colombia al pago, previa afiliación surtida en legal forma respecto del señor RAFAEL EUGENIO QUINTERO MILANES, de los aportes por pensión con destino al ISS, correspondientes a las relaciones laborales vigentes entre el 7 de enero de 1979 y el 30 de noviembre de 1991, en la forma analizada por el ISS en el oficio obrante a folios 171 a 173 y que muestra un “*valor de la reserva actuarial hasta finales de dic de 2009*” igual a \$69.603.902. Dicho cálculo actuarial, por otra

parte, deberá ser actualizado, en las condiciones que establezca el Instituto de Seguros Sociales.

**SEGUNDO: Declarar** no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

**TERCERO: COSTAS.** Sin costas en la alzada. Las de primera instancia serán a cargo de la parte demandada.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Las partes se notifican en ESTRADOS

**SONIA MARTÍNEZ DE FORERO**

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.**