

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

Referencia: Expediente No. 32922

Acta No. 28

Bogotá, D.C., veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA S.A. "INDUPALMA" contra la sentencia del 12 de octubre de 2006 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso seguido por ROSA DELIA VARGAS RUIZ contra la recurrente.

I-. ANTECEDENTES

A los propósitos del recurso extraordinario es preciso señalar que la citada demandante, pretende, que se expida y cancele el título pensional de conformidad con el artículo 1° del decreto 1887 de 1994 y 18 del decreto 1474 de 1997, al I. S. S. Seccional Santander.

Respalda sus peticiones al afirmar que: Su esposo, Argemiro Andrade Jaimes, falleció el 31 de diciembre de 2000, cuando se encontraba trabajando para la demandada, relación laboral que se inició el 28 de octubre de 1977, en la población de San Alberto, Cesar; que de dicha unión nacieron Deysy Andrea y Jennifer Vanesa, Andrade Vargas, quienes nacieron el 14 de marzo de 1988 y 8 de marzo de 1994, respectivamente; que el I.S.S., asumió el riesgo de IVM, en San Alberto el 1° de diciembre de 1990; que el instituto reconoció pensión de sobrevivientes a ROSA DELIA VARGAS, en su condición de cónyuge del trabajador y a las citadas hijas, en la suma de \$286.000.00 equivalente al salario mínimo mensual del año 2001, cuando el salario mensual era de \$698.330.00; que de acuerdo a los valores reportados al ISS, el ingreso promedio es de \$500.715.00, que corresponden a 2.68 salarios mínimos, diferencia que se explica al establecerse que sólo se tuvieron en cuenta 499 semanas frente a los 23 años 2 meses y 4 días, que laboró el causante; que entre la fecha de ingreso al servicio de la demandada, 28 de octubre de 1977, y aquella en la cual el ISS asume el riesgo de IVM, en San Alberto, 1° de diciembre de 1990, hay un tiempo de 13 años, 1 mes y 4 días.

La demandada se opone a la pretensión respecto a la expedición del título pensional al señalar que no está obligada a lo pedido en atención a que el trabajador fallecido estaba afiliado por Indupalma al ISS y diez años antes de la muerte del trabajador el Seguro social había asumido el riesgo de muerte.; propone la excepción inexistencia de las obligaciones reclamadas.

El juez del conocimiento condena a la demandada a hacer la reserva actuarial entre el 28 de octubre de 1977 al 9 de enero de 1991; una vez se efectúe la reserva entregar al Instituto de Seguros Sociales, la reserva actuarial a favor de la demandante y sus hijas.

II-. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El superior, al confirmar la sentencia del a quo, destraba el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

Después de delimitar las razones que conducen a la demandada a impetrar la apelación, efectúa las siguientes reflexiones:

En primer término traslada el texto de los artículos 46, 47, 48 y 74 de la ley 100 de 1993 y en la aplicación de dicha normatividad a las circunstancias fácticas del proceso señala: "...entonces la pensión de sobrevivientes sería superior a la reconocida por el ISS (f.28 y 29) por que este tan solo le tuvo en cuenta para la liquidación 499 semanas cotizadas, con un ingreso base de liquidación de \$500.715.00, a partir del 31 de diciembre de 2000."

Al examinar el contexto legal de la **reserva actuarial**, reproduce los artículos 1° y 2° del Decreto 1887 de 1994 y 1474 de 1997, atinentes al título pensional en controversia, y después de observar que a pesar de la justificada omisión del empleador para afiliarse al trabajador, en virtud de no existir para dicha época cobertura del ISS en la localidad donde trabajó, expresa: "no cesa su responsabilidad frente a las cotizaciones no efectuadas entre el 28 de octubre de 1978 (sic) y el 8 de enero de 1991, pues tal circunstancia no puede afectar al trabajador, en este caso específico a la cónyuge superviviente y a sus dos hijas menores de edad, al recibir una pensión equivalente al salario mínimo legal vigente, cuando en realidad la misma superaría los dos salarios mínimos mensuales para el 2000."

...

Por lo anterior, la demandada...deberá trasladar al Instituto de Seguros Sociales el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial, pues con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, tenía a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones (f.32) de sus trabajadores que seleccionaron el régimen de prima media con prestación definida y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993,...

En cuanto a los **intereses moratorios**, copia el texto del artículo 141 de la ley 100 de 1993, traslada, en lo pertinente, sentencia 15689 de 2001, para decir:

"Es evidente que la mora en el pago completo de las mesadas pensionales, debe tener como consecuencia el pago de los perjuicios causados por el retardo, perjuicios que equivalen a los intereses moratorios ordenados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993..."

Para finalizar reitera que: "no existió mala fe de la demandada en la omisión de la afiliación de su trabajador por falta de cobertura en la zona, pecó por omisión al no hacer el respectivo cálculo actuarial en el período no cotizado,..."

III-. RECURSO DE CASACIÓN

Al disentir la empresa de la sentencia del juez de apelaciones interpone, contra ella, recurso de casación con el propósito de que ésta Sala "case totalmente la sentencia recurrida.

Una vez... en sede de instancia, se servirá revocar los numerales primero y tercero del fallo de primera instancia para, en su lugar, absolver a la parte demandada de la condena que en ella se impone y declarar la procedencia de la excepción propuesta."

Con tal designio enuncia dos cargos, que suscitan réplica, por vía directa, que se examinan a continuación:

Acusa a la sentencia de ser violatoria, de manera directa, en el concepto de infracción directa de los artículos 33, parágrafo 1°, literal c) y 60, literal h) de la ley 100 de 1993, así como el artículo 41 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de 1990, lo cual dio lugar a la interpretación errónea del artículo 1° del decreto 1887 con la consecuente aplicación indebida de los artículos 2° del decreto 1887 de 1994 y 18 del decreto 1474 de 1997, en relación con el artículo 151 de la ley 100 de 1993.

Para la demostración del cargo, después de aludir al texto del parágrafo 1°, literal c, del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, señala que dicha norma se refiere a que el traslado del cálculo actuarial solo tiene lugar respecto de “empleadores que **tienen** a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones.”

Enfatiza que si se utiliza en tiempo presente del verbo tener puede desprenderse de allí que sólo se encuentran obligados al traslado del cálculo actuarial los empleadores del sector privado que en la fecha en que se inició la vigencia de la ley el sistema de pensiones, es decir, en el presente de ese momento tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones.

Agrega que confirma lo anterior el texto del artículo 60, literal h, de la mencionada ley, del que sólo cita el literal que invoca, para destacar la conjugación en tiempo presente del referido verbo.

Alude igualmente al artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990, para subrayar la subrogación del empleador en la obligación en reclamo.

Subraya que la infracción directa a las normas anteriores conduce al tribunal a no advertir el carácter reglamentario del decreto 1887 de 1994 que establece, en el artículo 1°, la metodología para el cálculo de la reserva actuarial que “deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones...” del que hace una incorrecta interpretación extensiva que la ley reglamentada no establece.

LA RÉPLICA

Manifiesta el replicante, que ambos cargos son simples alegatos que contradicen el rigor del recurso que exige su sustentación en forma clara y precisa.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El aspecto medular de la controversia es el determinar si un empleador que, para cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, tenía afiliado a su trabajadores en el Sistema de Seguros Sociales Obligatorios, es de aquellos que “que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores y trasladen la parte proporcional del cálculo actuarial correspondiente”, tomando para el efecto la expresión literal del literal h) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, supuesto que faltando impide que se deduzca contra él la obligación del traslado del cálculo actuarial que dispuso el Ad quem, por el tiempo en que el trabajador no estuvo afiliado al ISS.

No existe controversia sobre un aspecto fáctico central y es el de que el trabajador fallecido causante de la pensión de sobrevivientes laboró al servicio de la demandada desde 1977 hasta el año 2000, para cuando falleció sin cumplir la edad mínima de la pensión de vejez, habiendo sido

afiliado al ISS en el año de 1991, justo para cuando este Instituto convocó a la afiliación en el municipio de San Alberto (César), comprensión municipal donde se desarrollaba el contrato de trabajo.

La determinación del alcance de las obligaciones de los empleadores de contribuir a la financiación de las prestaciones del Sistema General de Pensiones, guarda estricta correspondencia con la vocación de protección universal e integral de este sistema, tal como se consagra en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Ciertamente, el legislador concibió el Sistema General de Pensiones para comprender la protección de vejez de quienes, esa es la regla general, causaran la pensión durante su vigencia, debiendo para el efecto adoptar las previsiones respecto a empleadores y trabajadores cuando estos venían madurando sus derechos bajo los regímenes anteriores.

El artículo 5 del Decreto 813 de 1994, adopta para el efecto las siguientes previsiones, respecto a los empleadores del sector privado que “tiene a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones”: en sus literales b) y c) deja por fuera del Sistema General de Pensiones a quienes hubieren cumplido los requisitos para acceder al derecho de la pensión de jubilación, y a quienes hubieren prestado servicios por más de 20 años, y cumplido 50 años para la mujer, y 55 para el hombre.

Y el literal a) se ocupa de los demás, de los que quedan comprendidos en la transición, aquellos trabajadores que tienen opción de pensión de jubilación de empresa, respecto a lo cual les otorga una doble garantía, con las correlativas obligaciones de los empleadores: el derecho al reconocimiento de la pensión de empresa para disfrutar anticipadamente a la de vejez –cuando sea el caso-, o en el mayor valor si lo hubiere después de reconocida ésta, tal como acontecía en el régimen de seguros sociales obligatorios; y diferenciándose de éste, fortaleciendo los mecanismos de protección de la vejez del trabajador, el patrono debe no sólo cotizar por el tiempo que hiciera falta para reconocer la pensión de vejez, sino también, y aquí es lo novedoso, el deber del empleador de habilitar todo el tiempo en que el trabajador le hubiere prestado servicios mediante el traslado del cálculo actuarial correspondiente.

Los trabajadores respecto a los que los empleadores tienen el deber de constituir títulos pensionales para habilitar el tiempo servido por el que no se efectuaron cotizaciones son aquellos cuya “vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley” como reza el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Y los empleadores a quienes la ley les atribuye tal obligación son aquellos que tienen o tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, como lo señala La ley 100 de 1993 en sus artículo 33, literal c), y 60 literal h), y los decretos reglamentarios, artículo 5 del Decreto 813 de 1994, el artículo 1 del Decreto 1887 de 1994.

El entendimiento de la expresión los “empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión” debe guardar consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados, con la exclusión de los de regímenes expresamente exceptuados; de esta manera, 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.

No son admisibles aquellas interpretaciones del texto que distinguiendo lo que el legislador no distingue, conduzcan a dejar por fuera del derecho a habilitar sus tiempos servidos a un

empleador, los mismos por los que no se hicieron cotizaciones a los seguros sociales obligatorios; ya porque se crea que basta mirar el día anterior a la vigencia de la ley, y hacer caso de la circunstancia principal que con anterioridad el empleador si había tenido a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones; tampoco, si se hacen diferencias a partir de la causa por la que no se hicieron cotizaciones, dejando por fuera a los trabajadores de los empleadores según este haya debido o no hacer cotizaciones; ciertamente, es razón válida para que no opere la subrogación pensional a cargo del ISS, y el empleador tenga a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, es que el empleador no haya afiliado a su trabajador, ya por que no hubo el llamado a la afiliación, o porque hecha la convocatoria no se cumplió con el deber de afiliar, o porque era una empresa de un sector en el que seguros obligatorios no tenían cobertura pensional.

La expresión adverbial que introduce el literal h) del artículo 60, de “empresas que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores” nada desvirtúa lo dicho, si esta disposición está prevista para el Ahorro Individual con Solidaridad, dentro de un Sistema, en el que cualquiera que sea el régimen escogido, las reglas y condiciones para contribuir a la financiación de las pensiones, ya por cotización, por títulos pensionales, son iguales y deben tener igual tratamiento; si los trabajadores tienen libertad para escoger entre uno y otro, carece de sentido pretender que un empleador por no cumplir o no con la exclusividad en el reconocimiento y pago de pensiones quede liberado o no de contribuir según sea el régimen.

La condición de empleador que tiene o ha tenido a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones de sus trabajadores, para que se cumpla, basta que lo sea con uno de ellos, con el que reclama la habilitación del tiempo en la seguridad social, por el que no se hizo aporte mientras el vínculo laboral estuvo vigente.

El lapso de anterioridad al que remite la Ley 100 de 1993, para determinar si el empleador es de aquellos que reconoce y paga pensiones, no se limita al inmediatamente anterior a la de la vigencia de la nueva normatividad; una similar remisión es la que hace el régimen de transición del artículo 36 ibidem, y respecto a la cual es oportuno recordar lo que enseñó la Sala, y que tiene aplicación en el sub lite, en sentencia del 20 de febrero de 2007, radicación 29120, cuando dijo:

“El régimen al cual se encuentre afiliado se ha de entender cualificadamente, esto es, en el sentido de valer aquel que tenga la virtualidad de habilitarlo para acreditar requisitos para el régimen oficial bajo el cual se encuentre”.

De igual manera el periodo que se ha de tomar, respecto al cual el empleador tenía a su cargo el pago y reconocimientos de pensiones, es todo aquel por el que el trabajador prestó sus servicios al empleador sin que se efectuaran las cotizaciones a una entidad de seguridad social, el mismo que el trabajador tiene derecho se le habilite en el Sistema General de Pensiones, mediante la contribución a pensiones correspondiente.

Así, entonces, no se puede predicar error del tribunal, si considera a la entidad demandada, como un empleador que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión del actor.

Tampoco incurren en infracción del artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990, que no ha de tener aplicación para regular la subrogación de una pensión causada en vigencia del Sistema General de Pensiones.

Y, si se reclama que se trata de definir el estado jurídico de las relaciones del empleador y del

trabajador en materia pensional para antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, no bastaba la afiliación prevista en el artículo 41 en comento, para entender subrogado el empleador de las obligaciones, si para cuando se hizo la inscripción, aún en el momento en el momento en que se inició el deber de afiliar, el trabajador contaba con más de catorce años de servicio al empleador.

No prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO Acusa la sentencia impugnada de violar en forma directa, en la modalidad de infracción directa del artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, la cual dio lugar a la aplicación indebida del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el desarrollo del cargo parte del fragmento de la sentencia del tribunal que señala: no existió mala fe de la demandada en la misión de la afiliación de su trabajador por falta de cobertura en la zona, pecó por omisión de no hacer oportunamente el cálculo actuarial en el período no cotizado, en los términos del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Afirma que desde 1991, fecha de afiliación del trabajador al ISS, INDUPALMA no tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión y dicho instituto reconoció y pagó la pensión del causante a su muerte.

Que al confrontar los anteriores presupuestos con los postulados del artículo 141 se concluye:

- Que la norma hace relación a los intereses causados por mora de una pensión y la reconocida y pagada por el ISS lo es desde el año 2001.
- Que la destinataria de la norma es el ISS, entidad que tiene a cargo la pensión.
- Que conforme a lo anterior la norma es inaplicable.

V-. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Asiste razón al censor al señalar que los presupuestos fácticos no corresponden a los supuestos de hecho que consagra la norma al dirigirse ésta a quienes tengan, a partir de la ley 100 de 1993, obligación de pagar mesadas pensionales a las que por todo lo visto no se encontraba vinculada la demandada.

En sentencias 27540 al respecto esta Sala dijo:

Del texto de la anterior disposición legal se desprende que los intereses moratorios se producen en caso de retardo en el pago de las mesadas pensionales, lo cual tiene como propósito reparar los perjuicios que se le ocasionan al pensionado por parte de las entidades de seguridad social encargadas del reconocimiento de la prestación económica, que incurran en mora o retrasen la cancelación de las mismas. Lo anterior está acorde con el mandato del artículo 53 de la Constitución Política que propende por garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones.

Esta Sala de la Corte ha tenido la oportunidad de estudiar y definir el tema, y al respecto ha adoctrinado, que para que nazca el derecho a la cancelación de los intereses de mora consagrados en el citado precepto legal, solamente debe estarse frente al incumplimiento de la obligación de la entidad llamada a reconocer la pensión a su cargo, y que por tanto tales intereses no están sujetos a miramientos, condiciones o requisitos diferentes a ese mero incumplimiento...

Prospera el cargo.

Se casará parcialmente la sentencia, en lo relacionado al pago de intereses moratorios, que confirma el tribunal y en instancia se revocará la decisión del a quo en este sentido.

Sin costas en el recurso.

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 PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 12 de octubre de 2006, sólo en cuanto confirmó la decisión del a quo que condena a la demandada Industrial La Palma S. A., INDUPALMA, a pagar a favor de las demandantes los intereses de los que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993. En instancia se revoca la sentencia del Juez Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, sólo en cuanto condenó a la demandada al pago de los intereses moratorios; se absuelve a INDUPALMA de la pretensión del reconocimiento y pago de los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y se confirma en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Eduardo López Villegas

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

Luis Javier Osorio López FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO ISAURA VARGAS DÍAZ



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

