

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

SALA DE CASACIÓN LABORAL

DR. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

Magistrado Ponente

Radicación No. 37683

Acta No. 44

Bogotá D. C, dieciocho (18) de noviembre de dos mil nueve (2009).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por NARCISO GUIJO PÉREZ contra la sentencia del 29 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso adelantado por el recurrente contra la sociedad BAVARIA S. A.

I.- ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, Narciso Guijo Pérez demandó a la sociedad Bavaria S. A. para que, previas las declaraciones de que no lo afilió a pensiones entre el 1º de enero de 1967 y el 7 de junio de 1972, omisión que le afecta el derecho a su pensión, se la condene a pagarle la pensión a partir del 7 de octubre de 2003, fecha de su última cotización al ISS, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Fundamentó sus pretensiones en que laboró para la demandada entre el 26 de marzo de 1962 y el 7 de junio de 1972, lapso durante el cual no estuvo afiliado al ISS por omisión de su empleadora, quien le expidió una certificación laboral donde consta dicho tiempo de servicio y que la caja o fondo donde realizó el pago de aportes para pensión fue al ISS, entidad que asumía las pensiones al momento de su retiro, además de que la vigencia del Sistema General de Pensiones fue a partir del 1º de enero de 1967; que una vez recibida la aludida certificación, solicitó al ISS su historia laboral, en la que no le apareció cotización alguna para pensión; que varias veces solicitó a la empresa información sobre el número de afiliación y de la patronal, sin recibir respuesta alguna satisfactoria; que hubo omisión de su empleadora y ello le representa en su historia laboral 279 semanas de cotizaciones para la pensión de vejez; que por otros sistemas de liquidación cotizó 741 semanas y laboró para el Departamento de Cundinamarca entre el 5 de mayo de 1988 y el 31 de diciembre del mismo año, lapso que equivale a 33 semanas; que a la fecha de desvinculación de su último empleador, ocurrida el 6 de octubre de 2003, tenía acreditadas 808 semanas, insuficientes para el reconocimiento de su pensión, pero que sumadas a las 279 dejadas de cotizar por Bavaria, le darían un total de 1087 semanas, ya que los 60 años de edad los cumplió el 14 de abril de 1987; que el proceder de la demandada le causa graves perjuicios ya que tiene 78 años de edad y que el artículo 8º del Decreto 1642 de 1995, en armonía con lo dispuesto por los artículos 31 de la Ley 100 de 1993 y 12 del Decreto 2665 de 1988, no le hacen perder el derecho a su pensión de jubilación.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

La demandada se opuso a las pretensiones del actor. Admitió los extremos temporales del contrato de trabajo afirmados por el actor y la no afiliación al ISS, pero alegó en su favor que no estaba obligada respecto de dicha afiliación, ya que el demandante laboró en el Municipio de Fusagasugá, sitio donde el ISS asumió la cobertura desde el 6 de junio de 1976. Que en todo caso, como a enero de 1967 solamente tenía un poco más de 4 años al servicio de Bavaria, el riesgo de vejez estaba a cargo del ISS. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido y falta de causa para pedir.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Fue proferida el 14 de junio de 2002 y con ella el Juzgado absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra; declaró probada la excepción de prescripción y dejó a su cargo las costas de la instancia.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Por apelación del demandante el proceso subió al Tribunal Superior de Bogotá, Corporación que mediante la sentencia recurrida extraordinariamente, confirmó la decisión de primer grado e impuso al apelante las costas de la alzada.

El Tribunal inicialmente dejó establecido el contrato de trabajo que existió entre las partes entre el 26 de marzo de 1962 y el 7 de junio de 1972. Consideró luego que la controversia se delimitaba a determinar si la demandada debía asumir la pensión de jubilación por no haber afiliado al demandante al ISS e hizo un brevísimo recuento sobre el sistema de seguridad social implementado por la Ley 90 de 1946 y que dicha entidad de previsión social no le reconoció la pensión de vejez al actor, para continuar razonando de la manera como sigue:

“...punto trascendente a descifrar es si la encartada estaba obligada a cotizar durante el período reclamado, en esa perspectiva sea lo primero anotar que no hay duda en cuanto el demandante prestaba sus servicios en el Municipio de Fusagasugá, así lo confiesa en interrogatorio de parte (fl.94), y lo reitera su abogada con el recurso; ahora, el punto de que el actor debía viajar constantemente a Bogotá o dependiera de una oficina –distribuidora de Bavaria en Bogotá, o que eventualmente hubiere sido contratado en Bogotá, no resulta razón de peso suficiente como para establecer o dar por sentado que el servicio no lo prestaba en Fusagasugá, pues en realidad lo que se desprende de la confesión de don NARCISO GUIJO PÉREZ, es que ejercía como vendedor, asignándosele un sector en dicha localidad, no prestando el servicio fuera de ese Municipio, lugar donde residía, siendo por demás oriundo de Fusagasugá (fl. 9,10).

De otro lado, conviene anotar que en todo caso, para 1967, el demandante tenía menos de 10 años de servicios al ente accionado, esto es, eventualmente el riesgo de vejez sería asumido por el ISS, recuérdese en ese sentido fallo de Casación Laboral de noviembre 8 de 1976 expediente No.6508.

En otro giro, admitiéndose que el riesgo de vejez fuere asumido por el ISS en Fusagasugá el 06 de junio de 1976 (fl.75) aspecto no discutido ahora, libera al empleador de las cotizaciones anteriores, es decir no existe omisión en la afiliación ni en las cotizaciones que hicieran operar las consecuencias de la normatividad vigente para entonces, en relación con esas falencias atribuibles a los empleadores.

Debe advertir entonces la Sala, que no hubo omisión del empleador de afiliar al actor al ISS,

durante el tiempo mencionado en la demanda, pues como bien es sabido, la ley 90 de 1946 estableció el Seguro Social obligatorio y creó el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales. Hasta antes del 1° de enero de 1967 el Instituto sólo cubría los riesgos (sic) de enfermedad profesional y maternidad (EGM) y de riesgos profesionales (ATEP), después con la expedición del decreto 1824 del 12 de julio de 1965 se aprueba el reglamento de inscripciones, aportes y recaudos para el seguro de IVM, y con el Decreto 3041 del 19 de diciembre de 1966, se aprueba el reglamento general de éste seguro, no obstante el cubrimiento del Seguro Social no se hizo extensivo en todo el territorio nacional, operó en algunas regiones del país, es decir, no existía total expansión geográfica de su cobertura, solo a partir de la expedición de la ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones empezó a regir a partir del 1° de abril de 1994, y se hizo obligatoria la afiliación por los empleadores y sus trabajadores, como lo dispuso el artículo 15 del Sistema de Seguridad Social Integral.

La situación fáctica expuesta conduce al entendimiento que no debe asumir, ni está a cargo de Bavaria el reconocimiento y pago de la pensión del actor a partir del 7 de octubre de 2003, en los mismos términos en que el ISS se la hubiera otorgado, pues no hubo omisión del empleador, al no estar obligado a la afiliación a IVM y sus respectivas cotizaciones con anterioridad al 6 de junio de 1976, siguiéndose la confirmación del fallo acusado”.

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso el demandante con la finalidad de que se case la sentencia recurrida “para que en sede de instancia se condene a la demandada BAVARIA S. A. al pago de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoada, con lo cual en forma legal se haría justicia”.

Con ese propósito formuló dos cargos, que con vista en la réplica se decidirán en la forma en que se señala a continuación.

VI. PRIMER CARGO

Por la vía directa, acusa la “interpretación errónea de las siguientes disposiciones sustanciales: Artículos 13 y 53 de la Constitución Política. Artículo 1° del C. S. del T. y demás concordantes. Artículo 6° Decreto Ley 1650 de 1977. Artículo 12 del Decreto 2665 de 1988. Artículo 31 de la Ley 100 de 1993. Artículo 8° del Decreto 1642 de 1995. Decreto 1824 del 12 de Julio de 1995. Decreto 3041 de Diciembre de 1996. Artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 del ISS de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990”.

En la demostración afirma que con las documentales de folios 17, 18, 69 y 70, 71, 72, 73, 74, 84 a 86 y 101 a 105, se prueba suficientemente que el demandante fue contratado en Bogotá por Bavaria para prestar sus servicios en Fusagasugá, razón que obligaba a la empleadora a afiliarlo al ISS “para los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM), a partir del 1° de enero de 1967 y hasta cuando el demandante en forma voluntaria se retiró el 07 de Junio de 1972, cotizaciones con las cuales al demandante el Seguro Social la hubiere otorgado su pensión de vejez, pues las 279 semanas que por omisión de la afiliación del demandante por parte de BAVARIA S.A., EL ISS negó esta prestación económica a favor del señor NARCISO GUIJO PÉREZ, como consta en el Acto Administrativo No.000466 de 2.000 (Ver folio 29). Dejo registrado que en la actualidad mi representado tiene más de 80 años y por tal razón los perjuicios económicos y morales son protuberantes y esta situación no le permite al señor GUIJO PÉREZ, seguir cotizando para alcanzar una pensión, que como se observa la responsabilidad en este caso recae en la demandada BAVARIA S. A. al haber omitido pagar oportunamente las cotizaciones de

pensión cuando el demandante estuvo a su servicio”.

Finaliza el cargo afirmando que si el “H. Magistrado Ponente y la Sala de Decisión del H. Tribunal..., hubieren interpretado en forma correcta las normas y hubieren apreciado en forma legal las pruebas citadas y que aparecen en el plenario, muy seguramente había revocado la decisión de primera instancia que negó sin un estudio juicioso desde el punto de vista jurídico, por parte del A-quo, pues como se observa en dicho fallo se decretó una prescripción que no existe”.

VII. SEGUNDO CARGO

Así lo presenta inicialmente:

“Acuso la sentencia... de violación indirecta por aplicación indebida e interpretación errónea de las siguientes disposiciones: “Artículos 13 y 53 de la Constitución Política. Artículo 1º del C. S. del T. y demás concordantes. Artículo 6º Decreto Ley 1650 de 1977. Artículo 12 del Decreto 2665 de 1988. Artículo 31 de la Ley 100 de 1993. Artículo 8º del Decreto 1642 de 1995. Decreto 1824 del 12 de Julio de 1995. Decreto 3041 de Diciembre de 1996. Artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 del ISS de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, a consecuencia de errores de hecho manifiestos, originados en la errónea apreciación de unas pruebas y la falta de apreciación de otras como se discriminará en la demostración del cargo”.

Anota que los errores de hecho manifiestos que cometió el Tribunal fueron:

“1. Manifestar que la demandada BAVARIA S. A. no estaba obligada a afiliar al demandante al ISS. con el argumento de que para la época de los hechos, el Seguro Social no tenía la cobertura en el Municipio de Fusagasugá (Cundinamarca), cuando a contrario sensu el demandante fue contratado por la demandada BAVARIA S. A. en la ciudad de Bogotá, para prestar sus servicios en el Municipio de Fusagasugá (Cundinamarca), circunstancia que no fue apreciada ni por el A-Quo ni por el Ad-quem.

2. No dar por probado estándolo, que el demandante efectivamente fue contratado en la ciudad de Bogotá por BAVARIA S. A. inicialmente como vendedor y posteriormente como administrador, a pesar de la renuencia manifiesta por parte de la demandada a presentar el Contrato de Trabajo a Término Indefinido, firmado entre las partes y la hoja de vida del señor NARCISO GUIJO PÉREZ”.

La demostración la desarrolla de la siguiente manera:

“Este cargo se demuestra con las pruebas de los folios 17 y 18, 69 y 70, 71, 72, 73, 74, 84 a 86 y 101 a 105, que aparecen en el expediente y los interrogatorios de parte rendidos por el demandante y el Representante Legal de la demandada, que aparecen a partir del folio 93 a 99 y del folio 111. Observe el H. Magistrado Ponente y la Sala de Decisión Laboral de esa H. Corporación las contradicciones manifiestas que tienen las declaraciones dadas por el representante legal de la demandada. Estas pruebas no fueron tenidas en cuenta por el A-Quo ni por el Ad-Quem, al momento de proferir sus fallos.

En estas circunstancias la sentencia acusada se revela (sic) contra lo establecido por las normas y los principios generales del derecho, si se tiene en cuenta que toda la prueba documental y de testimonios arrimados al proceso, indican que al demandante se le está violando su derecho”.

VIII. LA RÉPLICA

Sostiene que el alcance de la impugnación es defectuoso por no señalar lo que debe hacerse con la sentencia de primer grado una vez casada la sentencia recurrida. Que el primer cargo debió debatir aspectos puramente jurídicos y además no indica en qué consistió la interpretación errónea de las normas denunciadas. Que en el segundo, la censura se limita a enunciar unas pruebas sin precisar si fueron mal apreciadas o inestimadas sin que se haga una demostración de los supuestos errores. Que en todo caso, el Tribunal no incurrió en yerro alguno, ni fáctico ni jurídico, cuando profirió su fallo.

XI. SE CONSIDERA

Se comienza por advertir, que los cargos se estudiarán conjuntamente por los graves defectos de orden técnico de que adolecen y que fueron puestos en evidencia por la parte opositora.

En efecto, en el primer cargo la censura acusa la interpretación errónea de una serie de disposiciones; sin embargo, en el desarrollo no explica cuál fue la hermenéutica que el sentenciador de la alzada impartió a las mismas, ni tampoco precisa cuál es, a su juicio, la exégesis correcta de las normas que denunció.

La interpretación errónea, como uno de los submotivos de la violación directa de la ley sustancial en el recurso extraordinario de casación laboral, supone que el proceso se resolvió con las normas que le son aplicables, solo que el fallador se aparta de su verdadero sentido, dándole uno totalmente distinto.

Por ello, es indispensable que al alegar dicha infracción legal, el recurrente confronte el sentido equivocado aducido por el sentenciador con el que estima correcto, de manera que al hacer la respectiva comparación, la Corte analizará si efectivamente se incurrió en la sentencia acusada en el yerro hermenéutico que se le imputa, con abstracción de cualquier controversia de tipo probatorio que se tenga con los supuestos fácticos que se dan por demostrados por parte del Tribunal, los cuales deben ser aceptados necesariamente por quien acude a la violación directa de la ley como instrumento para pretender quebrantar la providencia impugnada extraordinariamente.

De otro lado, conviene advertir que para el Tribunal no pasó inadvertido que el demandante fue contratado en Bogotá por la demandada para prestar sus servicios en el Municipio de Fusagasugá, sólo que le restó relevancia a dicha situación, porque le dio primacía a la labor desempeñada en esa localidad en la cual no existía para entonces la cobertura del Instituto de Seguros Sociales, razón por la que no hubo omisión alguna de la sociedad empleadora en la no afiliación, además de que para el año 1967, el actor tenía menos de diez años de servicios, circunstancia que implicaba que el riesgo de vejez debía ser eventualmente cubierto por el ISS.

Y los anteriores supuestos constituyen en esencia los verdaderos soportes de la decisión impugnada, por lo que al no ser controvertidos por la acusación, la mantienen en plena vigencia.

En cuanto al segundo cargo, dirigido por la vía indirecta, la censura se limita simplemente a enunciar los supuestos errores de hecho cometidos por el Tribunal y a decir que se demuestran con las pruebas que igualmente enuncia sin hacer la correspondiente argumentación que ponga en evidencia los aludidos yerros, sin precisar, de otra parte, si dichos medios de convicción fueron apreciados con error o inestimados por el sentenciador.

Pese a las falencias anotadas que conducen irremediablemente al rechazo de los cargos, debe la Corte anotar que ciertamente no existía para la sociedad demandada la obligación de afiliar al demandante al ISS y cotizar para los riesgos de vejez, por cuanto está debidamente acreditado que en el Municipio de Fusagasugá dichos riesgos fueron asumidos por el ISS desde el 6 de junio de 1976, es decir con posterioridad a la relación contractual laboral que ligó a las partes.

Así lo ha explicado la doctrina de esta Sala y por ser pertinente se trae a colación la reciente sentencia del 4 de noviembre del año en curso, radicación 36439, en la que se dijo:

“Se duele el censor de la infracción directa de las normas que regulan la mora en el pago de cotizaciones vigentes para la época en que supuestamente estas se causaron.

Tratándose de un cargo por vía directa se han de admitir los supuestos fácticos sobre los que ha decidido el a quo en este caso, por la no afiliación del actor por parte del empleador durante la vigencia de la relación laboral.

En este escenario fáctico no se causan las cotizaciones, pues esta obligación solo se genera a partir de la afiliación o inscripción en la seguridad social. Baste lo anterior para señalar que no se pueden infringir normas cuya aplicación no viene al caso examinado, si se tiene en cuenta que el artículo 8 del Acuerdo 189 de 1965, el único de los citados por el censor que expresamente regula el tema de la mora en el cargo de infracción directa, prevé:

“Cuando la mora del patrono en el pago de los aportes sea la causa para no conceder al asegurado las prestaciones serán de cargo del patrono, mientras subsista el estado de la mora”.

De igual manera, el ataque va dirigido por la indebida aplicación del artículo 17 del Decreto 1474 de 1997, bajo el supuesto de que a él se llega por no haber aplicado las sanciones por mora en el pago de cotizaciones.

Tratándose de un afiliado al sistema de seguridad social, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para determinar el cumplimiento de requisito de tiempo de servicio o necesario de cotización, se han de tener en cuenta tiempos servidos anteriormente aunque no se hubiere hecho la cotización, siempre y cuando se hubiere hecho el pago a la entidad de seguridad social del cálculo actuarial, como ocurrió en el presente caso.

Se ha de resaltar en esta oportunidad que el aporte al sistema de seguridad social por cálculo actuarial tiene unas reglas de cálculo diferente a las del pago de cotizaciones en mora con sus respectivos intereses; en esta imprecisión incurre el tribunal, al considerar que el cálculo actuarial es el pago de cotizaciones; si bien una y otra habilitan tiempos servidos para efectos de acceder a la pensión de vejez o sobrevivientes, cada una responde a lógicas matemáticas distintas.

Pero este yerro no tiene trascendencia, pues no modifica la decisión del tribunal de estimar que el cálculo actuarial tiene como consecuencia subrogar al empleador de la responsabilidad pensional por el tiempo que así se valida para la seguridad social.

De esta manera se advierte que no le asiste razón a la censura al pensar que al artículo 17 del Decreto 1774 de 1997 se llega como consecuencia de la no aplicación de las normas que regulan la mora, pues como se advierte regula situaciones diferentes y autónomas.

No es materia de controversia, si existía la obligación del pago del cálculo actuarial o del ISS, de

recibirlo.

El otro motivo de inconformidad con la aplicación de esta norma, manifestado por el censor, es por entender que el empleador no es de aquellos que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones. Este reproche no tiene fundamento, pues, como lo ha enseñado la sala, tal expresión tiene como finalidad proteger a la totalidad de trabajadores subordinados, con la salvedad de los pertenecientes a los regímenes exceptuados. En la sentencia 32922 de 2009, esta Sala manifestó:

“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”.

Las costas son a cargo del impugnante, dado que hubo oposición a la demanda extraordinaria.

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 proferida el 29 de febrero de 2008 por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por NARCISO GUIJO PÉREZ contra la sociedad BAVARIA S. A.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO

2



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

