

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

SALA DE CASACIÓN LABORAL

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

Magistrado Ponente

Radicación N° 38266

Acta N° 15

Bogotá D.C, ocho (8) de mayo dos mil doce (2012).

Resuelve la Corte el recurso de casación que interpuso la parte demandante, contra la sentencia dictada el 31 de enero de 2007, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario que la CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC - CAXDAC le adelanta a la sociedad INVERSIONES LA CABRERA S.A..

I. ANTECEDENTES

La entidad demandante demandó en proceso laboral a la sociedad **INVERSIONES LA CABRERA S.A.**, en procura que se declare que está obligada a elaborar y presentar los cálculos actuariales respectivos ante la Superintendencia Bancaria para su aprobación, previo el procedimiento de rigor establecido en la ley, respecto de los pilotos beneficiarios del régimen de transición que estuvieron o están a su servicio, y como consecuencia de lo anterior, se le condene a pagar el “valor del déficit actuarial derivado del cálculo actuarial por los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000, correspondiente a los tiempos laborados por cada uno de los aviadores civiles”, junto con los intereses moratorios causados desde el 1° de abril de los citados años, fechas en las cuales se debió haber dado cumplimiento oportuno a lo previsto en el artículo 7° del Decreto 1283 de 1994 en armonía con el 23 de la Ley 100 de 1993 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la obligación, liquidados a la tasa máxima legal vigente, y a las costas.

En sustento de tales pedimentos, manifestó en resumen, que CAXDAC es una Caja del sector privado conforme al artículo 52 de la Ley 100 de 1993, que tiene el carácter de entidad administradora de pensiones del régimen solidario de prima media con prestación definida, sometida a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria; que la demandante cumple con los derechos y deberes de una entidad administradora de pensiones de aviadores civiles, en relación con “las especiales circunstancias pensionales consagradas en los Decretos 1282, 1283 y 1302 de 1994 y en la Circular 088 de 1995 expedida por la Superintendencia Bancaria”; que los artículos 6° y 7° del citado Decreto 1283 de 1994 regularon lo referente a los aportes para integrar el fondo común que permita a CAXDAC reunir el capital a efectos de pagar las pensiones, con la consecuente obligación de las empresas aportantes de transferir dentro de los

primeros tres (3) meses de cada año, el valor del correspondiente cálculo actuarial, cuyo incumplimiento genera intereses de mora; y que a su vez la mencionada circular 088 de 1995 artículo 4.1. establece “la obligación para las empresas de presentar ante esa Superintendencia, los cálculos actuariales con corte al 31 de Diciembre”.

Continuó diciendo que la accionada Inversiones la Cabrera S.A. en calidad de empleadora, vinculó a través de contrato de trabajo a los pilotos GERMAN VALDERRAMA NICHOLLS y FRANCISCO ECKARDT SALIVE, quienes se desempeñaron como aviadores civiles privados; que éstos fueron afiliados a CAXDAC reportando como fechas de ingreso, el “1° de noviembre de 1994” y “12 de agosto de 1994” respectivamente; que ambos trabajadores pertenecen al régimen de transición administrado por la demandante en los términos del artículo 3° del Decreto 1282 de 1994, y por tanto le son aplicables los mencionados artículos 6° y 7° del Decreto 1283 de 1994; que la compañía demandada tiene dos obligaciones, la primera allegar el formulario de autoliquidación y cancelar el aporte legal del 13.5% sobre el ingreso base de cotización, y la segunda transferir el 100% del correspondiente cálculo actuarial y presentar ante la Superintendencia dichos cálculos con corte al 31 de diciembre; y que la convocada al proceso solo cumplió con la primera de las obligaciones, esto es, pagar el aporte de ley, pero no con la segunda pese a los constantes requerimientos, cuya negativa la funda en que esas preceptivas únicamente se aplican a empresas de transporte aéreo y que ella no tiene esa calidad. Esto con apoyo en un concepto de la Superintendencia Bancaria, que no es vinculante de conformidad con el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Agregó que con ese mismo argumento, la empresa Inversiones La Cabrera S.A. negó la afiliación a los <aviadores en misión> al servicio de la sociedad Manpower de Colombia Ltda., uno de esos trabajadores de nombre Héctor Alfredo Anzola Díaz interpuso acción de tutela y el Tribunal de Bogotá con decisión del 31 de marzo de 2000 ordenó a CAXDAC reactivar transitoriamente dicha afiliación al igual que recibir las cotizaciones. Que a la fecha de instauración de esta demanda ordinaria laboral, la accionada no ha presentado ante la Superintendencia Bancaria para su aprobación, los cálculos actuariales de los años 1994 a 2000 y por los períodos laborados por los Capitanes Germán Valderrama Nicholls y Francisco Eckardt Salive, encontrándose vencidos los plazos; y que las anteriores transferencias son consideradas aportes parafiscales, según lo ha señalado la Corte Constitucional.

II. RESPUESTA DE LA DEMANDA

La sociedad convocada al proceso al dar contestación a la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas. En relación con los hechos, admitió que vinculó laboralmente y afilió a CAXDAC a los pilotos Germán Valderrama Nicholls y Francisco Eckardt Salive, al igual que el pago del aporte legal al sistema de seguridad social en pensiones, y respecto de los demás supuestos fácticos, señaló que no le constaban o no eran ciertos. Propuso como excepciones, las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, y prescripción.

Como argumentos de defensa, expuso que la demandada cumplió y viene cumpliendo con la única obligación a su cargo en materia de seguridad social en pensiones ante la demandante CAXDAC, cuál es el pago oportuno y completo de los correspondientes aportes de ley; que la accionada no está obligada a cumplir con los artículos 6° y 7° del Decreto 1283 de 1994, por cuanto “no tiene la calidad de empresa aérea”; que constituir cálculos actuariales como los pretendidos a través de esta acción judicial, lo es con relación “a personas vinculadas con empresas aéreas antes del 1° de abril de 1994”; que en los términos del artículo 33 de la Ley 100

de 1993, los capitales necesarios para el reconocimiento de una pensión de las personas afiliadas con posterioridad a la entrada en vigencia de esta normatividad, se conforma con aportes efectuados por los empleadores de acuerdo al tiempo servido por los aviadores civiles y no por el cálculo actuarial reclamado; y que conforme al concepto emitido por la Superintendencia Bancaria la empresa demandada no está en la obligación de elaborarlo.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, puso fin a la primera instancia, con la sentencia que data del 29 de junio de 2006, en la que absolvió a la sociedad demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra, y condenó en costas a la entidad demandante.

IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la anterior determinación, apeló la parte demandante y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia proferida el 31 de enero de 2007, confirmó el fallo absolutorio de primer grado y condenó en costas de la alzada a la entidad recurrente.

El ad quem comenzó por enlistar las pruebas obrantes en el proceso, coligiendo de ellas que los aviadores civiles capitanes Germán Valderrama Nicholls y Francisco Eckardt Salive, fueron afiliados a la administradora de pensiones CAXDAC por las empresas de aviación para las cuales laboraron antes del 1° de abril de 1994, encontrándose ambos en régimen de transición, situación que en su decir no afecta para nada lo decidido en este asunto, si se tiene en cuenta que lo aquí controvertido es la supuesta obligación de la persona jurídica INVERSIONES LA CABRERA S.A., de elaborar, presentar y pagar a la entidad demandante cálculos actuariales por tiempos servidos, pero después de la entrada en vigencia de la ley de seguridad social, que fue cuando éstos fueron contratados por dicha compañía.

Luego de poner de presente que la accionada tenía como objeto social “la inversión en bienes muebles e inmuebles para obtener rendimiento de aquellos, conforme al certificado de cámara y comercio visible en el cuaderno principal folio 84”, la Colegiatura concluyó que ésta no estaba obligada a transferir los cálculos actuariales reclamados por no ser una empresa de aviación.

Para arribar a esa inferencia, efectuó un recuento sobre el origen de CAXDAC desde su creación mediante el Decreto 1015 de 1956 reglamentado por el Decreto 1053 de 1958, aludió a su condición de entidad pagadora de prestaciones del gremio de los pilotos o aviadores civiles, con la consecuente subrogación del riesgo respecto de las pensiones a cargo de las <empresas que son de aviación>, las cuales tienen la obligación de hacer aportes conforme al cálculo actuarial regulado por la normatividad antes citada, la Ley 32 de 1992 y los Decretos 1282 y 1283 de 1994.

Así mismo, se refirió a la implementación del sistema de seguridad social integral en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, para decir que CAXDAC luego de dicha reforma subsistió como una entidad de seguridad social de derecho privado y sin ánimo de lucro, habiéndosele adscrito un régimen articulado, consistente en: “a) administrar el régimen de transición y pensiones de especiales transitorias de los Aviadores Civiles que venía asumiendo desde su creación, nuevamente reglamentadas en el Decreto 1282 de 1994 y demás normas que lo modifican y adicionan; y b) operar el sistema de vejez de prima media con prestación definida reglado en la tan citada ley 100 de 1993”.

Destacó que por lo precedente, los afiliados a CAXDAC antiguos y nuevos que no hubieran consolidado su jubilación o vejez, están en el deber de efectuar cotizaciones obligatorias al nuevo régimen pensional de la Ley 100 de 1993, mientras obtienen los requisitos para adquirir el derecho a la prestación pensional; pero que a su vez, esa entidad también continuó asumiendo las obligaciones de las jubilaciones otorgadas cuando era una simple Caja de previsión o representante de los empleadores que como se dijo deben ser empresas de aviación, que no es el caso de la demandada.

Añadió que en estas condiciones, CAXDAC no era una Caja delegada para el pago de pensiones que pudieran estar a cargo de la sociedad empleadora convocada al proceso, a más que los pilotos en cuestión fueron afiliados después del 31 de marzo de 1994 cuando el ente demandante ya operaba en el sistema integral de seguridad social de prima media con prestación definida como una administradora de pensiones, cuyos aportes a favor de tales trabajadores que realizó INVERSIONES LA CABRERA S.A., lo fueron bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, teniendo dichos afiliados “libertad de escoger su administradora de pensiones acorde con lo señalado por la Ley 100 de 1993 y demás normas que la reglamentan y modifican”.

Por último, el Tribunal manifestó que los anteriores razonamientos están sustentados conforme a lo expresado por la Corte Constitucional en las sentencias C-189 y C-610 de 1996, al igual que a lo dicho por la Sala de Casación Laboral en la sentencia del 16 de mayo de 2006 radicado 23295.

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

La censura con el recurso extraordinario, persigue conforme se lee en el alcance de la impugnación, que se CASE totalmente la sentencia del Tribunal que confirmó íntegramente la decisión del a quo, y en sede de instancia la Corte revoque el fallo absolutorio de primer grado, para en su lugar condenar a la sociedad demandada de conformidad con el acápite de pretensiones de la demanda inicial y provea lo que corresponda por costas.

Con tal propósito formuló dos cargos que merecieron réplica, los cuales se estudiarán conjuntamente, por estar orientados por igual vía, denunciar similar conjunto normativo, valerse de una argumentación común que se complementa y perseguir idéntico fin, a más que la solución a impartir es la misma para ambos.

VI. PRIMER CARGO

Acusó la sentencia recurrida de violar la ley sustancial por la vía **directa**, en el concepto de **infracción directa** de los artículos “1º, 3º, 6º, 8º y 7º del Decreto 1283 de 1994, este último modificado por el párrafo 2º del artículo 3º de la Ley 860 de 2003; 1º, 3º y 4º, inciso segundo del artículo 6º, 7º, 8º y 9º del Decreto 1282 de esa misma anualidad; 3º de la Ley 860 de 2003, lo que condujo a la aplicación indebida del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”.

Para la demostración del cargo, el censor transcribió lo dicho por el Tribunal, y advirtió que en esta litis no se discute que la sociedad demandante es una administradora de pensiones del régimen solidario de prima media con prestación definida conforme al Decreto 1282 de 1994, ni que la demandada como empleadora pagó a CAXDAC, cotizaciones por la afiliación de los aviadores Germán Valderrama Nicholls y Francisco Eckardt Salive. Así mismo, admitió el acierto del ad quem, de que esa Caja administra “... los regímenes de transición y de pensiones especiales transitorias” de los pilotos.

Señaló que su inconformidad radica en la conclusión del fallador de alzada de que los afiliados a CAXDAC deben cotizar según el régimen pensional de la Ley 100 de 1993, mientras adquieren el derecho a la pensión de vejez por el régimen general o especial. Esa inferencia desconoce los preceptos legales acusados, esto es, los artículos 1° de los Decretos 1282 y 1283 de 1994, pues los empleadores de los aviadores civiles deben sujetarse a las normas especiales y preferentes sobre la materia, y si bien el artículo 9° del primero de los decretos citados señala que la base y monto de las cotizaciones de los pilotos corresponde a lo previsto en los artículos 18 y 20 de la Ley 100, ello no obsta para que se armonice con otras disposiciones particulares como sería el caso del “Régimen de Transición especial de CAXDAC y para el de Especiales Transitorias”, a fin de poder financiar la prestación.

Especificó que lo anterior es así porque “el artículo 3° del Decreto 1283 de 1994, al referirse al régimen de reservas para el régimen anterior, dispuso que estas, están destinadas de manera específica para atender las pensiones reconocidas antes de la vigencia de dicho Decreto y las pensiones que se adquieran por los beneficiarios del régimen de transición especial de CAXDAC contenido en el artículo 3° del Decreto 1282 de 1994; y que las reservas para financiar las obligaciones pensionales de ese régimen, estarán conformadas por: a) El actual fondo de reservas constituido en CAXDAC, esto es el valor total de los aportes que hasta la entrada en vigencia del Decreto 1283 existían en CAXDAC; b) Por el monto de las reservas por pagar de las EMPRESAS O EMPLEADORES a CAXDAC, o déficit actuarial; c) Por las cotizaciones a cargo de las empresas y/o empleadores y de los afiliados, conforme a la Ley 100, que no son otros que los aportes a que se refieren los ya citados artículos 18 y 20 de la Ley 100, y finalmente d) Por la totalidad de los rendimientos financieros de esos recursos”.

Del mismo modo, esgrimió que se inaplicaron por parte del fallador de alzada los artículos 6° y 8° del Decreto 1283 de 1994, por cuanto “el primero de ellos establece la obligación de integración del Cálculo actuarial en cabeza de las empresas empleadoras, en relación con los pilotos que hayan causado el derecho a la pensión o sean beneficiarios del régimen de transición, y el segundo, que la responsabilidad de las empresas aportantes a CAXDAC cesará únicamente con la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de cada aviador y no como equivocadamente lo concluyó el Tribunal, con el simple pago de las cotizaciones de Ley 100”.

Dijo que toda empresa o empleador de personas afiliadas a CAXDAC y que sean beneficiarios del régimen de transición, obviamente aviadores civiles, les asiste la obligación de pagar tanto el déficit actuarial como las cotizaciones propias de los artículos 18 y 20 de la Ley 100 de 1993, de las cuales la sociedad demandada únicamente cumplió con sufragar los últimos aportes.

Manifestó que lo precedente significa, que si una empresa contrata a un aviador civil para que ejerza dicha función y éste se encuentra afiliado a CAXDAC, bien en receso o en condición de activo y es beneficiario del régimen de transición, surge ineludiblemente para ese empleador las dos obligaciones económicas en mención para con esa Caja. Que no se podría pensar, que financieramente la pensión que se reconozca a esta clase de afiliados con 20 años de servicio y un monto equivalente al 75% del promedio del salario devengado en el último año de servicios, “se pueda fondear únicamente con el pago de las cotizaciones de la Ley 100, lo que obviamente desborda cualquier análisis financiero sobre ese particular”.

Y agregó que “(...) ninguna relevancia normativa puede tener en este asunto, el que los aviadores civiles contratados por la demandada fuesen afiliados después del 1° de abril de 1994, pues como ya se puso de presente, si esos aviadores estando en CAXDAC en condición de receso o activos y fueron beneficiarios de los regímenes especiales, en este caso el de Transición,

surge inevitablemente en cabeza de los empleadores y a favor de CAXDAC, las obligaciones pensionales contenidas en las diferentes disposiciones enlistadas en el cargo como inobservadas, lo que hubiera conducido al Tribunal a condenar a la demandada a satisfacerlas y no a concluir que: <7.- Como en el caso de autos lo que pretende la demandante es que se condene a la demandada INVERSIONES LA CABRERA S.A. a cancelar el 100% del cálculo actuarial de las transferencias por los pilotos beneficiarios del régimen de transición GERMAN VALDERRAMA NICHOLLS y FRANCISCO ECKARDT SALIVE quienes fueron afiliados por dicha demandada después del 31 de marzo de 1994 cuando ya CAXDAC operaba en el sistema de seguridad social y de vejez de prima media con prestación definida (Seguridad Social integral), mal puede culminarse (sic) condena alguna,....>”.

VII. SEGUNDO CARGO

Atacó la sentencia de segundo grado, por la vía **directa** y en la modalidad de **interpretación errónea** de los artículos “1°, 3°, 6°, 7° derogado este último por el artículo 3° de la Ley 860 de 2003; 1°, 3°, 6° inciso segundo, 7° y 9° del Decreto 1283 de 1994”.

En la sustentación del cargo, el recurrente repitió básicamente la misma argumentación del cargo anterior, ajustándola a la modalidad de violación ahora invocada, para sostener que si el Tribunal hubiera efectuado un ejercicio hermenéutico acorde al texto y finalidad de las normas denunciadas, necesariamente arribaría a una conclusión distinta, cuál es que las empresas empleadoras tenían la obligación de pagar los aportes de ley junto con el cálculo actuarial, en relación con los pilotos que hayan causado el derecho a la pensión o sean beneficiarios del régimen de transición, cesando su responsabilidad en el momento que realicen “la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de cada aviador, y no, como equivocadamente lo concluyó el Tribunal, con el simple pago de las cotizaciones de Ley 100”.

Además, la censura en este ataque adicionó otra argumentación, que tiende a demostrar que cualquier empleador, así no sea una empresa aérea, que contrate aviadores o pilotos para su servicio que vengan afiliados a CAXDAC o se encuentren en régimen de transición, está obligado por razón de la actividad que dichos trabajadores desarrollan, a sufragar los aportes previstos en la Ley 100 de 1993, e igualmente a cancelar el correspondiente cálculo actuarial para completar financieramente los recursos que el fondo común que administra la citada entidad de seguridad social requiere para reconocer y pagar las diferentes obligaciones pensionales, solicitando de la Corte rectificar su actual criterio contenido en la sentencia del 16 de mayo de 2006 radicado 23295, según el cual únicamente las empresas aportantes aéreas tienen a su cargo tales obligaciones, discurso que expresamente se contrae al siguiente:

“(.....) Ahora bien, la sentencia recurrida creyó hallar asidero en tres sentencias; dos proferidas por la H. Corte Constitucional y la otra, por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, una revisión cuidadosa de la sentencia C- 189 del 8 de mayo de 1996, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía, no permitiría arribar a la conclusión del Tribunal, pues lo dicho por la Corte Constitucional, fue que para los aviadores que ingresen a CAXDAC después del 1° de abril de 1994, lo que no encuadra en la situación del presente caso, por cuanto los aviadores contratados por Inversiones La Cabrera ya estaban en CAXDAC antes de dicha fecha. Naturalmente a los nuevos pilotos se aplican integralmente las normas de la Ley 100 de 1993, que fue precisamente lo que de manera equivocada entendió el Tribunal, extendiendo tal previsión a unos aviadores que por estar vinculados antes del 1° de abril de 1994 en CAXDAC y pertenecer al régimen de transición, no se les podía aplicar las normas de la ley 100 respecto del tema de cotizaciones, pues para ellos existen normas preferentes y especiales que regulan ese

aspecto.

La sentencia C -610 adiada 3 de noviembre de 1996, es impertinente al asunto que se debate en este proceso, pues ella declaró inexecutable el artículo 1° del Decreto 1302 de 1994, por medio del cual se reformó el artículo 4° del Decreto 1282 de 1994, en lo referente a exceptuar para efecto de la pensión de jubilación dentro del Régimen de Transición de CAXDAC, los tiempos laborados en empresas aportantes a CAXDAC que se hayan disuelto, luego es evidente que no existe concatenación alguna entre lo que finalmente se argumentó por el Tribunal de segunda instancia y el problema jurídico resuelto por medio de la sentencia de constitucionalidad referida, que equivocadamente se invocó como soporte de lo establecido por el Tribunal.

En lo atañedor con la sentencia de la Corte Suprema (radicación 23295 del 16 de mayo de 2006), esta sí con pertinencia al debate jurídico de este proceso, debe señalarse que en la misma se obviaron elementos que hubieran conducido a una conclusión diferente, como por ejemplo el literal b) del Decreto 1283 de 1994, que al referirse específicamente al tema de la conformación de las reservas para el pago de las obligaciones pensionales de los beneficiarios del Régimen de Transición, estableció que forman parte de estas, el monto de las reservas por pagar de las empresas o empleadores a CAXDAC, o déficit actuarial. La alusión a empresas o empleadores, evidentemente debe ser entendida, porque recoge la realidad contractual laboral y la cobertura de la pensión, en el sentido que un aviador civil puede prestar servicios como tal, no exclusivamente a empresas de aviación, sino también a empleadores que sin tener la actividad de la aviación comercial, como su objeto de explotación comercial, necesitan de los servicios de un aviador civil, sin que deba resultar determinante para el Sistema General de Pensiones, del cual forma parte CAXDAC, si el aviador labora o no en una empresa de aviación, pues lo que debe ser verdaderamente relevante es la actividad desarrollada, que es lo que justifica la existencia normativa de un régimen pensional especial o exceptuado.

Una posición contraria, aunque respetable y plausible jurídicamente, termina por dejar sin efecto útil alguno, entre otros, el derecho de los trabajadores, léase aviadores civiles, de permanecer o escoger libremente el régimen pensional que considere más conveniente, pues tendrá que retirarse de CAXDAC y por ende renunciar a su régimen especial, por cuanto la empresa en la que ejerce como aviador civil, no tiene por objeto social el desarrollo de actividades vinculadas exclusivamente con la aviación civil comercial, y al no estar obligada a elaborar cálculos actuariales, según la tesis que refuta este cargo, se generaría un faltante en las reservas pensionales por ese tiempo laborado, lo que impediría su afiliación a CAXDAC.

Conviene recordar que en el asunto avocado en la sentencia mencionada (radicación 23295), fue la misma rama judicial quien a través de una sentencia de tutela obligó a CAXDAC a afiliar a un aviador en el régimen de transición y al no tener la empresa la obligación de elaborar cálculos actuariales, porque así lo resolvió esa Corporación en la aludida sentencia, se generó un déficit para poder cubrir la pensión que fue reconocida bajo los parámetros del régimen de transición y con base en los tiempos laborados en una empresa que no desarrollaba como actividad la aviación civil comercial, sino la de servicios temporales; déficit que se acrecentó, en tanto que son varias las empresa que sin tener como objeto social la actividad de la aviación civil comercial, tiene contratados aviadores civiles beneficiarios del Régimen de Transición especial de CAXDAC y por los cuales, de mantenerse la actual posición jurisprudencial, no podría CAXDAC completar financieramente los recursos que el fondo común que administra requiere, para poder reconocer y pagar las diferentes obligaciones pensionales que se generen con base en esos tiempos laborados en empresas que no elaboran cálculos actuariales, sino que simplemente

pagan las cotizaciones de Ley 100 para obtener una pensión de un régimen especial, que se itera, resulta económicamente incomprensible y pone en serio peligro el principio constitucional de sostenibilidad financiera.

Sí el Tribunal no hubiera incurrido en los vicios denunciados, habría concluido que la empresa demandada tuvo a su servicio aviadores civiles que eran beneficiarios del Régimen especial de Transición de CAXDAC, al acreditarse por cada uno de ellos uno de los requisitos exigidos por el artículo 3° mencionado, y en consecuencia, el acceso a unas condiciones pensionales distintas de las del Sistema General de Pensiones contenidas en la Ley 100; no solo desde la perspectiva de la clase de derecho, su estructuración y su valor, que es a lo que se refiere el artículo 4° del Decreto 1282, sino desde luego de la forma como las normas especiales prevén la financiación del mismo.

Cuando el referido artículo 8° ibídem, al gobernar el tema de la responsabilidad de las empresas, -nótese que todas y no solo las de aviación, pues así incluso lo enseña el título del artículo en comento-, utiliza la expresión empresas aportantes a CAXDAC, no podía entenderse el alcance que originalmente tenía esa expresión y que encontraba su sustento normativo en el literal c) del artículo 1° del Decreto 60 de 1973, pues ese artículo 1° tampoco es posible aplicarlo en la actualidad, en consideración a que fue sustituido por normas especiales que se expidieron para CAXDAC con fundamento en el artículo 139 de la mencionada Ley 100, tesis confirmada por la Corte Constitucional en su sentencia C-191 de 2006, cuando al estudiar la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 32 de 1961 se declaró inhibida, por cuanto las mismas perdieron vigencia y no continuaban produciendo efectos jurídicos. La importancia de la sentencia en comento estriba en el hecho de que las normas que se acusaron ante la Corte Constitucional tenían que ver con la naturaleza jurídica de CAXDAC, sus obligaciones y el método de financiamiento, aspectos sobre los cuales la Corte concluyó que <fueron sustituidas en su totalidad por los contenidos de los Decretos 1282 y 1283 de 1994> y que precisamente ese aspecto financiero del sistema de CAXDAC fue el epicentro de la demanda al perseguir que se obligue a la demandada a presentar los cálculos actuariales para integrar el fondo común que administra CAXDAC y que se otorgue por esa obligación de naturaleza pensional, las garantías de que trata la Ley 171 de 1961, aspectos estos que tocan ineludiblemente con el régimen financiero que gobierna a CAXDAC en el cumplimiento de sus obligaciones como administradora de pensiones.

Por manera que la referencia al término <empresa aportante> debe entenderse como aquella que efectivamente contribuye financieramente a CAXDAC con el pago de las aportaciones que le corresponde asumir por tener o haber tenido aviadores civiles afiliados a CAXDAC y subrogarse en este caso de la obligación de jubilación, en Caxdac. Cualquier otro ejercicio intelectual, sin duda desconocería la realidad jurídica que se ya se dejó ilustrada. De ahí porqué el artículo 3° de la ley 860 de el 2003, eliminó expresamente de su contenido la expresión empresas de aviación y utilizó genéricamente la de empresas del sector privado, que desde luego interpreta mejor el sentido y razón de ser del sistema que administra CAXDAC, como protagonista en el Sistema General de Pensiones.

Por lo expuesto, de manera muy respetuosa solicito se revisen la jurisprudencia plasmada en la sentencia del 16 de mayo de 2006, radicación 23295”.

VIII. RÉPLICA

A su turno, la sociedad opositora solicitó de la Corte rechazar los cargos, por cuanto la norma

que regula el régimen de transición de los aviadores civiles no es el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sino el 3° del Decreto 1282 de 1994, además que el Tribunal no ignoró ni se rebeló contra las normas que se acusaron de haber sido infringidas directamente, si se tiene en cuenta que la decisión impugnada está fundada en la jurisprudencia plasmada en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 16 de mayo de 2006, la cual deberá mantenerse invariable por estar ajustada al verdadero entendimiento de la ley.

Añadió que al quedar acreditado en el proceso, que la sociedad demandada no es una empresa de aviación, la situación no se acomoda al mandato de los artículos 6° del Decreto 1283 de 1994 y 7° del Decreto 1282 de igual año, que preceptúan que son las <empresas aéreas empleadoras> las que se encuentran obligadas a pagar el cálculo actuarial, que es precisamente lo que se adoctrinó en la sentencia que el recurrente ahora pide revisar.

IX. SE CONSIDERA

Como primera medida, cabe anotar, que dada la vía escogida para orientar el ataque, los siguientes supuestos fácticos no son materia de cuestionamiento en la esfera casacional: (i) Que la empresa demandada tiene como objeto social, la inversión en bienes muebles e inmuebles para obtener rendimiento de aquellos, según aparece en el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá obrante a folios 84 a 86 del cuaderno principal; (ii) Que los aviadores civiles, capitanes Germán Valderrama Nicholls y Francisco Eckardt Salive, fueron afiliados a CAXDAC, por las empresas de aviación para las cuales laboraron antes del 1° de abril de 1994, encontrándose ambos en régimen de transición y, (iii) Que posteriormente, en vigencia de la nueva ley de seguridad social, la accionada Inversiones La Cabrera S.A., contrató los servicios de dichos pilotos, los afilió a la administradora de pensiones demandante y cotizó por ellos conforme a lo previstos en la Ley 100 de 1993.

La acusación orientada por la vía directa, está dirigida a que se determine jurídicamente la obligación de la sociedad demandada de elaborar, presentar y pagar a la promotora del proceso, CAXDAC, cálculos actuariales por los aviadores que contrate y que sean beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 3° del Decreto 1282 de 1994, para lo cual el recurrente **solicita se rectifique el criterio de la Sala contenido en la sentencia calendada 16 de mayo de 2006 radicado 23295**. Para ello, argumentó que la alusión que trae la norma de <empresas empleadoras>, debe entenderse en el sentido de que no son exclusivamente empresas de aviación, sino también pueden ser “empleadores que sin tener la actividad de la aviación comercial, como su objeto de explotación comercial, necesitan de los servicios de un aviador civil, sin que deba resultar determinante para el Sistema General de Pensiones, del cual forma parte CAXDAC, si el aviador labora o no en una empresa de aviación, pues lo que debe ser verdaderamente relevante es la actividad desarrollada, que es lo que justifica la existencia normativa de un régimen pensional especial o exceptuado”.

La Corte en la sentencia rememorada por el recurrente, adoctrinó que para poder determinar la obligación del empleador de presentar y pagar el respectivo cálculo actuarial que contribuya a sufragar la pensión de los pilotos afiliados a CAXDAC, en el régimen solidario de prima media, no solo se debe considerar el oficio del trabajador, sino que también es indispensable establecer la naturaleza de la actividad de la empresa para la cual se prestó el servicio de aviador civil, y únicamente si es una compañía aérea debe entrar a responder por esa carga pensional. Dicho pronunciamiento está fundamentado en la normatividad que regula el régimen de transición para pensiones especiales de los pilotos, Decretos Ley 1282 y 1283 de 1994, que refiere a <empresas de aviación> que con sus aportes contribuyen a la financiación de CAXDAC para la cancelación

de tales derechos pensionales, concluyendo que son las empresas aéreas y no otras las llamadas a elaborar, presentar y pagar el déficit o cálculo actuarial correspondiente por cada aviador, quedando exoneradas de la responsabilidad del pasivo pensional que está a su cargo una vez cumplan con esa obligación.

Dada la nueva integración de la Sala y el planteamiento que esgrimió la censura, se reexamina el tema, encontrándose argumentos sólidos que llevan a rectificar la postura precedente y concluir bajo un nuevo criterio, que cualquier empresa empleadora y aportante que contrate aviadores civiles, así no sea de transporte aérea, debe responsabilizarse del pago de los aportes a la seguridad social y, además, contribuir a la financiación de las reservas de CAXDAC mediante la cancelación del correspondiente cálculo actuarial, que atañe a los tiempos laborados por cada uno de los pilotos que vincule, los cuales al ser beneficiarios del régimen de transición que administra la sociedad demandante, tienen un tratamiento legal especial en materia pensional.

La posición que se adopta con esta decisión, está fundada en lo siguiente:

1. El marco normativo que regula el régimen legal aplicable a CAXDAC y el reconocimiento o pago de las pensiones jubilatorias de los aviadores civiles, sigue siendo el mismo, y en estas condiciones es pertinente traer a colación el descrito en la sentencia que se está rectificando que data del 16 de mayo de 2006, radicado 23295, así:

“(…) 1. Con anterioridad a la ley 100 de 1993, el régimen pensional de los aviadores civiles se hallaba contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo, en el título correspondiente a la <Prestaciones patronales especiales>, concretamente en sus artículos 269 y 270, en virtud de los cuales les asistía el derecho a gozar de una pensión especial de jubilación luego de haber cumplido, en forma continua o discontinua, 20 años de servicio a una misma empresa, cualquiera que fuera su edad. Luego, a raíz de la creación de la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC – CAXDAC, que asumió el pago de las pensiones de los aviadores civiles, la generación del derecho pensional dejó de depender de la circunstancia de que el tiempo de servicios en cuestión se prestara en una sola empresa.

Dicha Caja tiene su origen en el decreto legislativo 1015 de 1956, que previó su creación por la Asociación Colombiana de Aviadores como una entidad sin ánimo de lucro, con carácter privado, orientada a atender, mediante el aporte de sus afiliados, <al mejoramiento económico, cultural y técnico de los Aviadores Civiles>, para lo cual sería auxiliada por el Gobierno. Dicha normatividad dispuso, además, que las prestaciones sociales que por ley correspondieran a los aviadores civiles dejarían de estar a cargo de los patronos o empresas de aviación civil <cuando la Caja ... vaya asumiendo el riesgo de ellas> (art.9º), y que a partir de tal asunción <las empresas nacionales de aviación civil que mantengan a su servicio miembros del Escalafón de Reserva de 2ª clase de la Fuerza Aérea (esto es, los pilotos y navegantes civiles de que trata el artículo 1º del decreto en mención) contribuirán con sus aportes a la financiación de la referida Caja, en la cuantía y condiciones que determine el Gobierno, previos los estudios actuariales que la Caja le presente> (art.10). Este decreto fue reglamentado por el decreto 1053 de 1958, que previó igualmente que las empresas aéreas, aportantes a CAXDAC, pudieran liberarse de su carga pensional.

La anterior regulación fue ratificada por la Ley 32 de 1961, que en su artículo 13, adoptó el decreto 1015/56 <en todas sus partes> y precisó que <los patronos o empresas de aviación civil que cubran los aportes fijados por el Gobierno, quedan exentos de pagar a los aviadores y navegantes civiles la pensión de jubilación establecida en el Código Sustantivo del Trabajo y su

abono lo asume la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC ...>. Estos aportes a cargo de las <empresas nacionales de aviación civil>, debían pagarse <mensualmente ... a la Caja ... sobre las liquidaciones que ésta presente debidamente aprobadas por el Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil> (art.4). De otra parte se previó que, teniendo en cuenta la situación económica de la Caja y los cálculos actuariales que presente, el Gobierno pudiera autorizarla para tomar a su cargo el pago de otras prestaciones sociales (art.7) y pudiera, asimismo, suspender o disminuir los aportes establecidos cuando la Caja haya adquirido <una solidez económica adecuada> para desarrollar sus fines (art.8).

El decreto 60 de 1973, reglamentario de la citada ley 32 de 1961, reiteró que la Caja <es una persona jurídica de carácter privado y sin ánimo de lucro, creada con el fin de asumir algunas o todas las prestaciones que por ley corresponden a las empresas aportantes y de procurar el mejoramiento económico, cultural y técnico de sus afiliados> (art.3), habiendo precisado previamente lo que, para efectos de dicho decreto, debía entenderse, entre otros concepto, por “afiliado” y “empresa aportante”.

Así, dispuso que AFILIADO <es todo titular de una licencia válidamente expedida por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por medio de la cual se le haya habilitado para desempeñar las funciones de piloto, copiloto o navegante civil... o que haya sido titular de tal licencia y continúe haciendo sus aportes o gozando de las prestaciones de 'CAXDAC'> y que EMPRESA APORTANTE <es toda persona natural o jurídica titular de un permiso de operación expedido por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por el cual se le haya autorizado para desarrollar servicios aéreos comerciales, sean de transporte público o de trabajos aéreos especiales, que tenga a su servicio pilotos, copilotos o navegantes y que por ley esté obligada a pagar alguna de las prestaciones sociales que, correspondiendo a los patronos, haya asumido 'CAXDAC'> (ordinales b y c).

Por lo demás se ocupó esta reglamentación, entre otros aspectos de confirmar, entre los deberes de CAXDAC, el de asumir las prestaciones a cargo de las empresas aportantes; precisó la procedencia de los fondos de CAXDAC a tales efectos –entre los que se encuentran los pagos a que estén obligadas las empresas aportantes, cuya cuantía sería fijada cada año por el gobierno <teniendo en cuenta los estudios actuariales correspondientes> (arts.5 y 12) y previó que CAXDAC estaría obligada a presentar al Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil <antes del treinta y uno (31) de enero de cada año, los estudios actuariales de que trata la ley> (art.13), según los criterios adoptados en el mismo decreto, desarrollados en los artículos subsiguientes.

Hasta aquí, y tal como lo advirtiera esta Corporación en diversos pronunciamientos, al asumir CAXDAC, en las referidas condiciones, una responsabilidad directa –no de simple intermediaria- en el pago de las pensiones, y pasara a ser pagadora de las mismas, actuaba como verdadero patrono para dicho efecto (sentencia de enero 21 de 1993, rad.5035).

2. Con la expedición de la ley 100 de 1993, cuyo artículo 139 otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias <para armonizar y ajustar las normas que sobre pensiones rigen para los aviadores civiles ...>, la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles CAXDAC, como entidad subsistente del régimen anterior, tuvo que ser adaptada al nuevo régimen de seguridad social integral y pasó de simple caja pagadora a ser un ente administrador de pensiones del régimen de prima media con prestación definida.

Así entonces, con el fin de acomodar la legislación existente hasta ese momento a las exigencias de la nueva normatividad, se expidieron los decretos 1282 y 1283 de 1994 que, en su orden, se ocuparon de establecer el régimen pensional de los aviadores civiles y aquél de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles CAXDAC.

De conformidad con el primero de los mencionados decretos, el sistema general de pensiones contenido en la ley 100 de 1993 se aplica en general a los aviadores civiles, salvo a aquellos que se encuentren cobijados ya por el régimen de transición –quienes se pensionan de acuerdo con lo previsto en el decreto 60 de 1973, esto es, cualquier edad con 20 años de servicios continuos o discontinuos- ora por las normas especiales previstas en el mismo decreto, advirtiéndose que los citados regímenes de transición y de pensiones especiales transitorias “correspondientes a los aviadores civiles de las empresas de transporte aéreo”, serían administrados por CAXDAC.

En el decreto 1283 de 1994 se corroboró que la entidad administradora, tanto del régimen de transición de los aviadores civiles definido en el arriba referido decreto 1282 de 1994, como del régimen de pensiones especiales transitorias, lo es <la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC), denominada 'CAXDAC', entidad de seguridad social de derecho privado sin ánimo de lucro, creada por medio del Decreto Legislativo No. 1015 de 1956 y Ley 32 de 1961>.

Trata, así mismo, del régimen de reservas destinadas al pago de sus obligaciones pensionales, conformado por las reservas existentes a la fecha del decreto, aquellas “por pagar” o “déficit actuarial” que deben ser entregadas a CAXDAC conforme a lo dispuesto en el mismo decreto, las cotizaciones <a cargo de las empresas y/o empleadores y de los afiliados> y los rendimientos que genere su inversión (art.3); precisa que las <empresas aéreas empleadoras de los aviadores civiles actualmente pensionados por CAXDAC, de quienes hayan causado el derecho y de los beneficiarios del régimen de transición, deberán completar la totalidad del cálculo actuarial de aquellos cuya pensión corresponde administrar a CAXDAC ...> (art.6) y señala la forma en que las referidas <empresas de transporte aéreo> deben elaborar y entregar el cálculo actuarial en cuestión.

Según se desprende de la normatividad referida, las nociones de “déficit actuarial” o “cálculo actuarial” están íntimamente ligadas con la exención de la responsabilidad pensional a cargo de las empresas de aviación civil en tanto, como se anotó, su obligación cesa únicamente <con la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de cada aviador> y mientras tanto <continuarán siendo responsables por el pago de los pasivos pensionales> conforme lo determina el artículo 1º del decreto 824 de 2001, reglamentario del decreto 1283 de 1994”.

Según se puede observar, el Decreto 1282 de 1994 estableció el <régimen pensional de los aviadores civiles>, adecuándolo al nuevo sistema que, en materia de pensiones, implantó la Ley 100 de 1993, siendo la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles ACDAC – CAXDAC, la administradora de pensiones que lo maneja, ya sea para el régimen de transición o en relación a las pensiones especiales transitorias de los pilotos, conforme lo disponen los artículos 7º del decreto mencionado y el 1º del Decreto 1283 de 1994. Igualmente, como lo señaló el antecedente jurisprudencial que se acaba de transcribir, este último decreto 1283 en sus artículos 3º y 4º, consagró el deber de CAXDAC de constituir reservas de jubilación destinadas al pago de las pensiones, y sus artículos subsiguientes señalan la forma de administrarlas y obtener de ellas una rentabilidad. Y por último, su artículo 8º reafirma la responsabilidad de las empresas aportantes de transferir a Caxdac el valor del cálculo actuarial de cada aviador. Aquí es de agregar, que el artículo 3º de la Ley 860 de 2003 derogó el

7° del citado Decreto 1283 de 1994 que regulaba la amortización y entrega del cálculo actuarial de pensionados, para en su lugar preceptuar que las empresas aportantes deberán transferir el valor del cálculo actuarial en un plazo hasta el año 2023, fijando un procedimiento para ello y el pago de intereses moratorios sobre las sumas no transferidas.

2.- Las reglas de la hermenéutica jurídica, imponen un examen de las disposiciones legales, desde una perspectiva en que produzcan algún efecto práctico, pues de lo contrario no es dable hacerles derivar las consecuencias que consagren, siendo necesario auscultar, para el caso, el momento histórico para el cual se expidieron, el alcance de lo allí estipulado y el fin social perseguido.

Así las cosas, al analizar la regulación legal en comento, la misma tiene como fin primordial la protección del trabajador por la actividad que ejerce, y es por esto, que por razón del oficio de piloto o aviador civil, quienes se encuentren en transición gozan de un régimen jubilatorio especial, que para poderse conceder y financiar requiere además de las cotizaciones que realiza el afiliado para los riesgos de invalidez, vejez y sobrevivencia en los términos de la Ley 100 de 1993, de las <reservas> que administra CAXDAC destinadas a pagar pensiones del régimen de transición y las especiales transitorias, que están conformadas por dichas cotizaciones, el actual fondo de reservas constituido, el déficit actuarial “por pagar de las empresas o empleadores a Caxdac”, y la rentabilidad o rendimientos que se generen (artículos 3° y 4° del Decreto 1283 de 1994).

De ahí que, la obligación de las <empresas> de trasladar el valor del respectivo cálculo actuarial a CAXDAC previsto en el artículo 6° del aludido Decreto 1283 de 1994, nace de la condición que tengan de <empleadoras de aviadores civiles>, que si bien generalmente son compañías de transporte aéreo, en los tiempos actuales pueden ser de naturaleza u objeto social distinto, que por varias circunstancias requieren y contratan pilotos para que operen sus aeronaves privadas, lo cual no era usual para el momento histórico en que se expidieron las normas que crearon la administradora de pensiones de prima media demandante (1.956), situación que explica el porqué en la mayoría del articulado de dicha legislación se haga referencia a las “empresas aéreas empleadoras”, lo que de ninguna manera significa, que su aplicación esté restringida exclusivamente a empresas de aviación, máxime que no hay prohibición legal para que cualquier otra empresa puede vincular laboralmente pilotos o copilotos.

3.- De admitirse que las normas en mención, por referirse básicamente a empresas de transporte aéreo, solamente tienen aplicación respecto a éstas, dejando de lado a los demás empleadores que tengan a su servicio aviadores civiles, se produciría una <desigualdad> entre iguales o análogos y una discriminación injustificada en materia de seguridad social, que atenta contra la dignidad propia del ser humano y la igualdad como derecho fundamental constitucionalmente protegido, de conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Constitución Política. Ello, en la medida que un aviador civil de una empresa de aviación estaría en mejores condiciones que uno de una empleadora que tuviera otro objeto social, pues el derecho pensional del primero se encuentra plenamente garantizado con el cálculo actuarial que efectivamente se ha de trasladar a CAXDAC, mientras que la pensión del segundo presentaría un considerable déficit, si no se obliga a cubrirlo a la respectiva empresa empleadora aportante que se beneficia de sus servicios, en claro detrimento de los intereses de éstos últimos afiliados a la Caja demandante.

De suerte que, ante situaciones iguales como en esta oportunidad ocurre, no es dable aceptar un trato jurídico diferente, por el sólo hecho de que los decretos en cita, no previeran en su momento la posibilidad de que otro tipo de empresa con objeto social distinto al del transporte

aéreo, tuviera la capacidad de contratar o emplear bajo su riesgo a aviadores civiles, como en efecto resulta viable según quedó visto, y menos que ello sirva para exonerar a dichas empleadoras de sus deberes en materia de seguridad social para con los trabajadores que desarrollan la actividad específica de operar aeronaves, pues se repite, frente a los pilotos beneficiarios de la transición que pretendan obtener la pensión de un régimen propio, lo que importa es la actividad u oficio que ellos ejecutan y no la naturaleza de su empleadora.

Cabe agregar, que el principio de igualdad y no discriminación, está contenido en diversos instrumentos internacionales. Entre ellos se destaca el Convenio 111 de la OIT del año 1958, aprobado por la Ley 22 de 1967 y ratificado por Colombia el 4 de marzo de 1969, que reguló el tema de la no discriminación en el empleo o la ocupación y hace parte del bloque de constitucionalidad, y por consiguiente sirve para interpretar los derechos y deberes consagrados en nuestra Carta Política, conforme al mandato del artículo 93 de ese estatuto Superior. Del mismo modo, el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos de la OEA o Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, aprobado por la Ley 16 de 1972 y ratificado por Colombia el 31 de julio de 1973, al disponer: “Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la Ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la Ley”, prohíbe la discriminación tanto de los derechos consagrados en ese tratado como de todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Todo lo cual resulta relevante para reafirmar, que en el caso que ocupa la atención de la Sala, se debe brindar igual protección a todo trabajador aviador civil en régimen de transición, independiente que su empresa empleadora aportante sea o no de transporte aéreo.

4.- Por último, como es sabido, el sistema pensional tiene un carácter esencialmente contributivo, de modo que para el reconocimiento de las prestaciones que hacen parte del régimen pensional de los aviadores civiles, se requiere necesariamente del cumplimiento no solo de los requisitos exigidos de edad y tiempo de servicio o número mínimo de cotizaciones, sino también del pago del correspondiente cálculo actuarial mencionado, por parte de las empresas empleadoras, pues de lo contrario se distorsionaría el sistema, al no lograr garantizar la efectividad del otorgamiento de las prestaciones de quienes reúnan las exigencias para adquirir el derecho, poniendo en grave riesgo la sostenibilidad financiera del sistema. Ello conduce a que se ordene la cancelación del déficit actuarial a toda empresa aportante a CAXDAC, que contrate los servicios de aviadores civiles.

En este orden de ideas, se rectifica lo adocetrinado en sentencia de casación del 16 de mayo de 2006 radicado 23295 y se recoge cualquier pronunciamiento en contrario.

Por todo lo dicho, el Tribunal cometió los yerros jurídicos endilgados, resultando los cargos propuestos fundados, y en estas condiciones se casará la sentencia impugnada.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

Como consideración de instancia, además de las expuestas al estudiarse los cargos, es pertinente anotar, que el artículo 3° de la Ley 860 de 2003, dispuso un plazo hasta el año 2023, para que las empresas obligadas transfirieran el valor del cálculo actuarial a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado, que administran el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en los siguientes términos:

(....) “ARTÍCULO 3°.- AMORTIZACIÓN Y PAGO DEL CÁLCULO ACTUARIAL DE PENSIONADOS. Las empresas del sector privado, conforme a lo establecido en los Decretos

Ley 1282 y 1283 de 1994, deberán transferir el valor de su cálculo actuarial a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado, que administren el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y para tal fin tendrán plazo para realizar dichos pagos hasta el año 2023.

El porcentaje no amortizado del cálculo actuarial se transferirá gradualmente en forma lineal.

Los pagos se calcularán anualmente y se pagarán en doce (12) cuotas mensuales mes vencido, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente, de tal manera que permita atender las mesadas pensionales corrientes para cada vigencia fiscal.

De no pagarse dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente, se reconocerá por el deudor el interés de que trata el inciso primero del artículo 23 de la Ley 100 sancionada en 1993.

Los valores que se deben transferir de conformidad con este artículo, incluyen además de las transferencias futuras, todas las sumas de dinero que a la fecha de expedición, de la presente ley no hayan sido transferidas. Para el pago de intereses moratorios que se adeuden sobre las sumas no transferidas a la fecha de la expedición de la presente ley, el plazo será hasta el año 2008, y se pagarán en cuotas mensuales.

PARÁGRAFO 1º.- Para efectos de la amortización contable las empresas no podrán disminuir los valores amortizados de sus cálculos actuariales a 31 de diciembre de 2003.

PARÁGRAFO 2º.- Las empresas y las entidades de Seguridad Social del sector privado de que trata el presente artículo, ajustarán a los términos establecidos en la presente ley, los acuerdos que en materia de pago hayan suscrito, en un plazo de dos meses contados a partir de su promulgación.

Este artículo deroga expresamente el artículo 7º del Decreto 1283 de 1994, y todas las demás normas que le sean contrarias”.

El anterior precepto legal fue reglamentado por el Decreto 2210 de 2004, que reza:

“Artículo 1º. Las empresas a las que se refiere el artículo 3º de la Ley 860 de 2003 podrán transferir a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado, que administren el Régimen de Prima Media con Prestación Definida la totalidad del valor del cálculo actuarial en forma anticipada frente a los plazos previstos por dicha disposición legal.

Los cálculos actuariales deberán realizarse a la tasa prevista para la conmutación pensional, esto es a una tasa de interés técnico del 4% y deberán incluir los intereses moratorios y la comisión de administración que se pacte, dentro de los límites que señale la Superintendencia Bancaria con base en las normas vigentes. Así mismo deberán transferirse los intereses moratorios correspondientes.

Parágrafo. En el evento en que en el cálculo actuarial no haya sido incluido el reajuste pensional previsto para el pago de la cotización de salud, tal y como lo dispone el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, este deberá incluirse dentro de dicho cálculo.

Artículo 2º. Para efectos de transferir el valor del cálculo actuarial las empresas podrán entregar títulos valores de contenido crediticio, los que llevarán implícita la condición resolutoria del pago de conformidad con el artículo 882 del Código de Comercio, y deberán corresponder a inversiones admisibles de la respectiva administradora del Régimen de Prima Media.

En tal caso, se transfiere el valor del cálculo actuarial cuando las sumas por concepto de pago de capital e intereses que la entidad administradora recibirá por dichos valores correspondan a los pagos que debe hacer por concepto de mesadas pensionales, bonos pensionales, y la comisión de administración que le corresponde recibir a la administradora, de tal manera que asegure la atención de las obligaciones pensionales corrientes para cada vigencia fiscal. Igualmente deberán pagarse los intereses moratorios correspondientes. En todo caso al realizar el estudio de los flujos deberá considerarse la existencia de una reserva de liquidez equivalente al valor de las mesadas de un año, para atender eventuales variaciones frente al valor de los pagos anuales calculados inicialmente.

Parágrafo. Tanto la administradora como la respectiva empresa deberán reflejar en sus estados financieros lo dispuesto en el inciso anterior a nivel de cuentas de control, conforme a las instrucciones que conjuntamente impartan las superintendencias que ejerzan inspección y vigilancia sobre la entidad administradora y la respectiva empresa.

Artículo 3°. El pago anticipado podrá realizarse a través de la entrega de valores en la forma prevista en el artículo anterior, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que la entidad administradora, con la autorización de sus órganos competentes, acepte la entrega de los títulos correspondientes.
2. Que se otorgue una garantía de un tercero a satisfacción de la entidad administradora, que cubra las siguientes contingencias:
 - a) Las derivadas del hecho de que el cálculo actuarial no haya sido elaborado correctamente o con la información correcta y completa y por tanto se generen desviaciones de cobertura del cálculo;
 - b) Las derivadas del hecho de que el producto de los títulos no permita atender el pago de las mesadas pensionales en la cuantía y oportunidad prevista en el cálculo actuarial elaborado en forma correcta;
 - c) Las derivadas de que el capital y los rendimientos de los títulos, o cualquiera de ellos no se reciban, por cualquier causa, en la cuantía y oportunidad previstas.

Parágrafo. Para aceptar la garantía la entidad administradora deberá elaborar un estudio que lleve a concluir que la misma permitirá atender en forma segura y oportuna las contingencias mencionadas en los literales b) y c). Dicho estudio deberá someterse a la Superintendencia Bancaria para su evaluación.

Artículo 4°. La empresa que realice la transferencia deberá en todo caso reflejar en su contabilidad las contingencias a las que se refiere el artículo anterior de conformidad con las instrucciones que imparta la respectiva superintendencia.

En todo caso, si se produce alguna de las contingencias previstas en los literales b) y c) del artículo anterior y la garantía no cubre el faltante oportunamente, la empresa y el garante deberán registrar y pagar, en los plazos previstos por la ley, o inmediatamente si el plazo ya se venció, el saldo que falte para cancelar la totalidad del cálculo actuarial. De igual manera se procederá si se encuentra un error en el cálculo actuarial y la empresa no suministra los recursos correspondientes dentro del plazo de un mes a partir de la comunicación que le envíe la administradora en tal sentido, sin perjuicio de la obligación de elaborar un nuevo cálculo

actuarial.

Artículo 5°. En cualquier evento en que se produzca la disolución de una de las empresas a las que se refiere el artículo 3° de la ley 860 de 2003, el cálculo deberá pagarse dentro del proceso de liquidación, en la forma prevista en la ley, con la preferencia que le corresponde como obligación pensional.

Artículo 6°. Las Superintendencias que ejerzan la inspección y vigilancia sobre la administradora del Régimen de Prima Media y las empresas respectivas, deberán verificar el cumplimiento de este decreto y la Ley 860 de 2003”.

Por consiguiente, la transferencia del valor del cálculo actuarial que no se hubiera efectuado, se rige por el ordenamiento legal precedente.

Ahora bien, el artículo 3° del Decreto 1282 de 1994, estableció como requisitos para que los aviadores civiles tuvieran derecho a los beneficios del régimen de transición, que al “1° de abril de 1994”, “a) Haber cumplido cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres; b) Haber cotizado o prestado servicios durante diez (10) años o más”. Respecto de los pilotos que contrató la empresa demandada INVERSIONES LA CABRERA S.A., que refieren las partes, el fallo de primer grado y el escrito de apelación, capitanes Francisco Eckardt Salive y Germán Valderrama Nicholls, es menester precisar que tal como se desprende de la documental de folios 15 y 16 del cuaderno principal, que corresponde a los reportes de hoja de vida de los citados aviadores que reposa en el departamento de afiliados de CAXDAC, ellos ostentan como tiempo efectivamente laborado en esa actividad, el primero al 14 de noviembre de 2001 un total de “**19 Años, 00 Meses y 27 Días**”, y el segundo al 3 de junio de 1998 un tiempo servido de “**14 Años, 06 Meses y 24 Días**”. Por ende, fácil resulta colegir que ambos al 1° de abril de 1994 contaban con más de 10 años de labores como aviadores civiles, siendo entonces, beneficiarios del régimen de transición aludido, lo cual se corrobora con la planilla de Caxdac de folio 14 ibídem, en la que se relaciona a éstos como pertenecientes al régimen de “TRANSICIÓN”.

De suerte que, la sociedad demandada al contratar laboralmente aviadores civiles en régimen de transición (folios 123 y 124 vto. ídem), los cuales afilió a la entidad demandante CAXDAC como sus trabajadores y les efectuó cotizaciones (folios 127 a 235 ejusdem), en su condición de <empleadora aportante> está obligada a transferir a esa administradora de pensiones por los años reclamados “1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000”, además de los aportes de ley, el cálculo actuarial tantas veces mencionado.

En lo que atañe a la excepción de prescripción, este fenómeno jurídico no tiene cabida en cuanto al **pago del cálculo actuarial a transferir a la demandante CAXDAC**, dado que hace parte de los aportes para constituir el capital indispensable para el reconocimiento de la <pensión> de los aviadores civiles, que como lo ha sostenido la jurisprudencia es un derecho <imprescriptible> por su carácter de vitalicio. De los **intereses moratorios** que se adeudan por las sumas no transferidas, sí están sometidos a las normas generales de prescripción, y por tanto, conforme al artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, están <prescritos> los causados con antelación al 14 de noviembre de 1998, si se tiene en cuenta que la demanda con que se dio apertura a la presente controversia fue instaurada hasta el día “14 de noviembre de 2001”, según las constancias de folios 1 y 12 del cuaderno del Juzgado. Los intereses no prescritos comenzarán a correr desde el 1° de abril de cada anualidad, que es el plazo máximo con que contaban las empresas empleadoras aportantes para transferir el valor arrojado por el

déficit actuarial del año inmediatamente anterior, de acuerdo a lo previsto en el derogado artículo 7° del Decreto 1283 de 1994, que para esas anualidades se encontraba vigente, cuya parte pertinente de su texto es del siguiente tenor literal: “**Dentro de los primeros tres (3) meses de cada año**, las empresas transferirán íntegramente a CAXDAC el valor arrojado en el incremento en el cálculo actuarial correspondiente al año inmediatamente anterior, deducidas las sumas actualizadas ya transferidas a CAXDAC” (resalta la Sala).

De tal modo que, se declarará parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los intereses moratorios; y, por las resultas del proceso se tendrán por no demostrados los demás medios exceptivos.

En definitiva, se revocará el fallo absolutorio de primera instancia, para en su lugar condenar a la sociedad demandada a pagar a la entidad demandante, el “valor del déficit actuarial derivado del cálculo actuarial por los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000, correspondiente a los tiempos laborados por cada uno de los aviadores civiles” a su servicio, beneficiarios del régimen de transición que administra CAXDAC, conforme a las condiciones y plazos señalados por el artículo 3° de la Ley 860 de 2003, reglamentado por el Decreto 2210 de 2004. Así mismo, se condenará a los intereses moratorios por las sumas no transferidas, a partir del 14 de noviembre de 1998.

No hay lugar a costas del recurso de casación, por cuanto la acusación salió triunfante; no se causan en la alzada; y, las de primera instancia serán a cargo de la parte vencida que lo fue la sociedad demandada.

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, CASA la sentencia proferida el 31 de enero de 2007, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en el proceso ordinario promovido por la CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC - CAXDAC., contra la sociedad INVERSIONES LA CABRERA S.A..

En sede de instancia, se dispone:

PRIMERO.- Se **REVOCA** el fallo absolutorio de primer grado, y en su lugar se **CONDENA** a la sociedad demandada a pagar a la entidad demandante, el “valor del déficit actuarial derivado del cálculo actuarial por los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000, correspondiente a los tiempos laborados por cada uno de los aviadores civiles” a su servicio, beneficiarios del régimen de transición que administra CAXDAC, conforme a las condiciones y plazos señalados por el artículo 3° de la Ley 860 de 2003, reglamentado por el Decreto 2210 de 2004.

SEGUNDO: Se **CONDENA** a la cancelación de los intereses moratorios por las sumas no transferidas, a partir del 14 de noviembre de 1998.

TERCERO: Se **DECLARA** parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los intereses moratorios y no demostrados los demás medios exceptivos.

Las costas como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ
CALDERON

ELSY DEL PILAR CUELLO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GOMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEG0

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

