

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

## SALA PLENA LABORAL

MAGISTRADO DR. JOSE ROBERTO HERRERA VERGARA

Referencia: Expediente No 7.710

ACTA No. 3

Santafé de Bogotá, D.C., Febrero siete de mil novecientos noventa y seis.

Resuelve la Corte el recurso de Casación interpuesto por MARIA ELSA BARBOSA RAMIREZ contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el 27 de octubre de 1994, en el juicio seguido por la recurrente contra JOSE IGNACIO MARTIN y MARTA CECILIA MARTIN GOMEZ.

## I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Villeta, la recurrente en casación demandó a JOSE IGNACIO MARTIN y MARTHA CECILIA MARTIN GOMEZ, para que previo el trámite del proceso ordinario fueran condenados, de manera individual o solidaria, a reintegrarla y a pagarle los salarios dejados de percibir, como también, salarios insolutos,

sanción por no pago del salario mínimo legal, domingos, festivos, horas extras, descansos por trabajo habitual en domingos y festivos, reajuste de primas, vacaciones e intereses a la cesantía, dotación y subsidio familiar.

De manera subsidiaria solicitó reajuste de la cesantía, intereses e indemnización por despido, pensión sanción, cuotas de afiliación al ISS, indexación, indemnización moratoria y las costas de juicio.

Manifestó la demandante que prestó servicios como vendedora en el establecimiento denominado "Droguería Moderna" situado en el municipio de Villeta (Cundinamarca), a partir del 1º de octubre de 1975 hasta el 18 de febrero de 1992, fecha en la cual fue despedida "por no acogerse al régimen de la Ley 50 de 1990"; que suscribió contrato de trabajo inicialmente con José Ignacio Martín, quien la citó en marzo de 1984 ante la Inspección de Trabajo de Villeta para liquidarle la cesantía hasta el 31 de diciembre de 1983; que no le informó que a partir de esa fecha operaba una sustitución patronal entre él y Martha Cecilia Martín de Sánchez; que laboró domingos y festivos; que le pagaron menos del salario mínimo legal y para liquidar las prestaciones sociales no tuvieron en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Martha Cecilia Martín de Sánchez, en la respuesta a la demanda, sostuvo que entre la actora y José Ignacio Martín existió un contrato de trabajo que terminó el 31 de diciembre de 1983 y a partir del 1° de enero de 1984 se celebró otro contrato con ella, que finalizó porque la demandante abandonó el cargo; que la actora trabajó en la Droguería Moderna pero al servicio de patronos diferentes y en periodos distintos; que le pagó los derechos y prestaciones laborales debidos. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y prescripción.

José Ignacio Martín Murcia no dió respuesta oportuna a la demanda, pero en la primera audiencia de trámite propuso las excepciones de pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones y prescripción.

El juzgado del conocimiento mediante sentencia del 14 de julio de 1994 condenó a Martha Cecilia Martín a pagar las sumas de \$66.145.07 por concepto de "reajuste a la liquidación" y \$23.903.00 por concepto de indemnización moratoria, y la absolvió de la otras pretensiones. Al demandado JOSE IGNACIO MARTIN lo absolvió de las peticiones formuladas en su contra y condenó en costas a la primera en un 15%.

## II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Por apelación de la demandante, conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca que mediante sentencia, del 27 de octubre de 1994, revocó la del juzgado y en su lugar condenó a MARIA CECILIA MARTIN GOMEZ a pagar a la actora las siguientes sumas \$267.200.00 por subsidio familiar, \$56.817.70 por reajuste de cesantía, \$5.746.66 por reajuste de primas de servicios, \$6.436.00 por reajuste de intereses sobre cesantía, \$888.561.57 por indemnización por despido injusto, \$506.480.00 por indexación de la suma anterior y \$2.384.00 diarios a partir del 19 de febrero de 1992 hasta cuando satisfaga lo adeudado por subsidio familiar, reajuste de primas de servicios y cesantía. Condenó también a la demandada a pagar al I.S.S. las cotizaciones necesarias para cubrir el riesgo de vejez de la demandante. Declaró probadas las excepciones de prescripción del subsidio familiar causado con anterioridad al 10 de abril de 1989, de pago por trabajo en domingos y festivos, pago parcial de cesantía e indemnización por despido injusto y no demostradas las restantes. La condenó a pagar las costas de ambas instancias en un 50 % y la absolvió de las restantes peticiones. Al demandado José Ignacio Martín lo absolvió de todas las pretensiones de la demanda.

Sostuvo el ad quem respecto de la súplica de pensión sanción, que el artículo 37 de la ley 50 de 1990 reguló íntegramente para el sector privado dicha pensión dejándola subsistente para los trabajadores no afiliados al régimen del Seguro Social por omisión del empleador o porque el riesgo de vejez no lo hubiere asumido el I.S.S. en la respectiva región, por lo que todo empleador, sin sujeción al capital, como sí ocurría bajo el régimen de la ley 171 de 1961, está obligado a pagar la pensión sanción de jubilación.

Estimó que para los afiliados al Instituto, que al momento de ser despedidos no hubiesen completado el mínimo de semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez, sólo subsiste a cargo del patrono la obligación de cubrir las cotizaciones que faltaren para que el trabajador adquiriera el derecho a la pensión proporcional de vejez.

Precisó que en Villeta el I.S.S. asumió el seguro de I.V.M. a partir del 1 de marzo de 1976 y concluyó que la trabajadora estuvo afiliada a dicho instituto, por lo que "No subsiste entonces, a cargo del patrono la pensión sanción de jubilación, más si la de seguir cotizando hasta cuando la

peticionaria cumpla los requisitos mínimos exigidos por los reglamentos del I.S.S. para acceder a la pensión mínima de vejez".

Respecto de la remuneración del descanso por trabajo habitual en domingos y festivos, estimó que: "Ya quedó aclarado que la señora Barbosa Ramírez trabajó habitualmente la mitad de los domingos y todos los días festivos 4 horas. Con la declaración aludida líneas atrás, también está probado que, cuando lo hizo el domingo, en la semana siguiente le fueron concedidas 4 horas de descanso remunerado, en tanto que solo debía laborar 44 horas. Como recibió su remuneración mensual completa (nóminas de pago de folios 119 a 155), no hay deuda alguna por este concepto. Pese a que no acontece lo mismo con el descanso compensatorio remunerado del que debió disfrutar por su trabajo habitual en días festivos, la ley no preve su compensación en dinero, como si la tiene prevista para el descanso vacacional. Lo pertinente, una vez extinguido el nexo contractual, es pedir la indemnización del perjuicio irrogado por el incumplimiento de esa obligación patronal, pues es a todas luces inocuo reclamar dichos descanso remunerados para ser disfrutados una vez finalizado el contrato. Pero, como los perjuicios no se han reclamado ni probado, no puede la Sala fulminar condena sobre este particular."

Precisó que respecto del "... calzado y vestido de labor, ha dicho la Sala: 'Esta prestación supone la existencia del contrato de trabajo, acorde con lo previsto en el artículo 230 del Código Sustantivo del Trabajo. Empero, como en el caso bajo exámen éste se extinguió, la Sala deberá despachar adversamente esta súplica de la demanda, aclarando que, respecto a la dotación que no se suministró oportunamente, lo que procede es demandar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de tal obligación."

"Y bien podría pensarse que el valor de estos elementos de trabajo en los años 1989, 1990 y 1991 estimados pericialmente en \$72.000.00 (fl. 216), cubren el perjuicio que le irrogó a la trabajadora el desgaste de su propio vestuario y la merma de su salario, en tanto que tuvo que disponer de parte de él para adquirir lo que legalmente debió suministrarle su empleadora, siendo que, conforme al artículo 7º de la ley 11 de 1984, tenía derecho a ellos porque devengó menos de dos salarios mínimos. Pero como la pretensión no está encaminada a obtener el resarcimiento del daño ocasionado sino la prestación en especie, no puede la Sala, conforme a su reiterado criterio, acceder a lo pedido.

### III.- RECURSO DE CASACION

Inconforme la demandante interpuso el recurso de casación el cual una vez concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala, se procede a resolver junto con el escrito de réplica.

Formuló tres cargos, que se proceden a examinar en el orden propuesto.

**PRIMER CARGO.-** Acusó la sentencia de violar "por vía directa de interpretación errónea del artículo 37, inciso primero a cuarto y párrafo primero de la Ley 50 de 1990, en relación con los artículos 260 y 267 del C.S.T., en concordancia con el artículo 8 de la ley 171 de 1961, y con el artículo 5o. de la Ley 4a., de 1976, con el artículo 6 del Decreto reglamentario 732 de 1970, con el artículo 1o de la ley 71 de 1988 y con los artículos 1 y 2 del Decreto reglamentario 1160 de 1989, y con el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del acuerdo 049 de 1990".

Luego de transcribir parte de la sentencia atacada, expresó que según el Tribunal el artículo 37 de ley 50 de 1990, derogó o dejó sin validez la pensión consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, para el evento de presentarse despido injustificado después de 10 años de servicios. Pero, en criterio de la impugnante, el legislador pretendió " que al reuniesen (sic.) los requisitos para

las pensiones, que continuaron a cargo de los empleadores, estos se pudieran liberar un poco de la carga, cumpliendo con las cotizaciones ante el I.S.S., para que la pensión fuera asumida total o parcialmente, cumpliéndose los requisitos del Seguro." Cree encontrar apoyo a su planteamiento en la sentencia de esta Sala del 29 de septiembre de 1994 (Radicación 6929), la cual transcribe en sus apartes pertinentes.

Expresó que la errónea interpretación se presentó porque el Tribunal concluyó la improcedencia de la condena a pensión sanción "y que solo la parte demandada podía ser condenada al pago de las cotizaciones".

Textualmente expuso:

"La verdadera interpretación es que no existe contradicción en el artículo 37 de la ley 50 de 1990, y que en esta forma la obligación de pagar al I.S.S., el valor de las cotizaciones que falten para que el trabajador adquiriera el derecho a la pensión de vejez, no se opone a que la demandada deba así mismo, pagar temporalmente la pensión a la demandante a partir del 27 de noviembre del año 2.004, y hasta que el Instituto de los Seguros Sociales asuma la pensión por reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Como el artículo 8 de la ley 171 de 1961, contempla la pensión sanción y ella tiene derecho a los aumentos legales, se citaron dentro del cargo las normas que los regulan."

Finalmente manifiesta que con el presente cargo pretende que la Corte case parcialmente la sentencia atacada, para que, en sede de instancia revoque la del juzgado en cuanto absolvió de la pensión sanción y en su lugar condene a la demandada a su pago, en suma no inferior al salario mínimo, a partir del 27 de noviembre del año 2.004, cuando la demandante cumple 50 años de edad, con los aumentos de ley y vigencia hasta tanto el I.S.S. le reconozca la de vejez. Pide que las costas corran a cargo de la demandada.

El opositor afirmó que la interpretación que pretende el recurrente del artículo 37 de la ley 50 de 1990 es equivocada; que en las instancias no se puso en duda la afiliación oportuna de la demandante al I.S.S. por lo que no se dan los presupuestos para condenar a la pensión sanción; además afirmó que la sentencia de la Corte citada por el recurrente no corresponde a la hipótesis del presente caso.

#### SE CONSIDERA

La vía directa seleccionada en la acusación le impone a la Corte entender que la impugnante comparte las conclusiones fácticas de la sentencia acusada, a saber: que el contrato de trabajo de la actora estuvo vigente entre el primero de octubre de 1975 y el 18 de febrero de 1992, fecha en que se produjo su despido injustificado, que la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por parte del Instituto de Seguros Sociales en la población de Villeta (Cundinamarca) ocurrió el primero de marzo de 1976, que la demandada afilió oportunamente a la demandante a dicha entidad y pagó las cotizaciones correspondientes al mencionado seguro.

Como el contrato terminó durante la vigencia de la ley 50 de 1990, también es indiscutible que la norma aplicable al caso bajo examen es el artículo 37 de la misma, cuya interpretación errónea por parte del ad-quem pregona la censura.

Para efectos del artículo 37 de la ley 50 de 1990, la inscripción de un trabajador en el seguro de vejez no es extemporánea, ni "tardía", si ocurre durante los primeros días de vigencia de la obligación de aseguramiento en la región correspondiente, pues con antelación el empresario se

hallaba en imposibilidad absoluta de afiliarlo por no haber asumido el I.S.S. el riesgo correspondiente en esa zona. Mas desde esa inscripción oportuna, por virtud de ese acto condición, adquirió el status de afiliado y quedó sometido al régimen de seguridad social y específicamente a la pensión de vejez regulada por él.

Viene de lo anterior que por haber ocurrido el despido durante la vigencia de la ley 50 de 1990, es aplicable el parágrafo primero del artículo 37 de la misma que contempla y regula expresamente el caso bajo examen al disponer que "En aquellos casos en que el trabajador esté afiliado al Instituto de Seguros Sociales pero no alcance a completar el número mínimo de semanas que le da derecho a la pensión mínima de vejez, bien porque dicho instituto no hubiera ampliado su cobertura en la zona respectiva o por omisión del empleador, desde el inicio o durante la relación laboral, el empleador pagará el valor de las cotizaciones que faltaren al Instituto de Seguros Sociales para que el trabajador adquiera el derecho proporcional a la pensión de vejez". (He subrayado).

Resulta, pues, claramente del precepto transcrito, que desde la vigencia de la ley 50, cuando el afiliado no alcance a completar el número de semanas exigidas para tener derecho a la pensión de vejez por falta de cobertura inicial del I.S.S. en determinada región, el despido por fuera de las causales señaladas como justas no origina para el empresario cumplidor de sus obligaciones con la seguridad social la pensión sanción sino el deber de sufragar el número de cotizaciones mínimas necesarias para que el trabajador adquiera el derecho a la pensión de vejez.

Esta Sala de la Corte en sentencia de agosto 22 de 1995 (radicación 7571), precisó:

"Es innegable que hasta la expedición de la Ley 50 de 1990 ningún precepto con fuerza de ley derogó de manera expresa la pensión por despido consagrada en la Ley 171 de 1961, toda vez que los que hicieron alguna referencia a ella fueron reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, aprobados mediante decretos por el gobierno nacional, muchas veces imprecisos, y por su carácter subalterno carecían del poder de desquiciar totalmente la normatividad legal mencionada.

Y más adelante consideró:

"A partir de la vigencia del artículo 37 de la Ley 50 de 1990 -enero primero de 1991- la conceptualización legal de la pensión sanción sufrió un viraje fundamental pues teniendo en cuenta el nuevo tratamiento al despido injustificado, la aspiración de universalización de la seguridad social, el monto de la pensión de vejez consagrado desde 1985 y en general la inspiración filosófica de dicha normatividad, se puso de manifiesto que los fundamentos que antaño justificaron tal figura sufrieron notoria mengua, de forma que ahora, no solamente aparece innecesaria sino que riñe con los postulados de una auténtica seguridad social, en la medida en que los empresarios cumplan sus deberes en esa materia, y así lo estatuyó la nueva preceptiva.

"Del texto del artículo 37 de la Ley 50 surge con claridad que los despidos efectuados (después del primero de enero de 1991), por un empleador que a través de la relación laboral cumplió con sus obligaciones de afiliación oportuna y cotizaciones al sistema de seguridad social, debidamente acreditadas en juicio, no quedan afectados con la posibilidad de la pensión sanción, la que quedó extinguida en sus dos modalidades; corolario de ello es que se mantiene para los trabajadores no afiliados al régimen de seguridad social pertinente."

Por lo visto, en los eventos mencionados no se causa la llamada pensión sanción, sino lo que

ordena claramente la ley 50: la obligación exclusivamente patronal de continuar aportando, porque después de la vigencia de dicha ley no existe ninguna disposición que estatuya tal pensión para los trabajadores cubiertos por el I.S.S., toda vez que la primera parte de la norma legal transcrita la consagra únicamente para "aquellos casos en los cuales el trabajador no esté afiliado al Instituto de Seguros Sociales", para emplear los mismos términos de la normatividad aplicada y porque, además, ese precepto no la erige como sanción por el despido sino que la dota de la naturaleza prestacional destinada exclusivamente a impedir que se trunque la pensión de vejez.

Sobre este tema la Sección Primera de esta Sala ha considerado:

"No encuentra la Sala que el Tribunal haya interpretado incorrectamente el artículo 37 de la ley 50 de 1990, en cuanto de su texto lo que se desprende es que la pensión sanción sólo procede en aquellos casos en los cuales el trabajador no esté afiliado a los Seguros Sociales". (Sentencia del 10 de mayo de 1995- Rad. 7244).

Obviamente, las afiliaciones notoriamente extemporáneas efectuadas en las postrimerías del vínculo laboral, con el fin de eludir la pensión patronal restringida no permiten al empresario culpable escudarse en ellas para conseguir la exoneración, dado que un proceder de esa laya merece la condigna sanción legal porque ciertamente el ejercicio de los derechos debe encauzarse hacia el designio social y de justicia para el cual fueron instituidos, lo que impide perjudicar a otro con un fin ilícito o inmoral, pues en tales eventos se estará en presencia de un abuso del derecho para lo cual nuestro ordenamiento positivo contempla los remedios idóneos.

Mas sobre esa hipótesis excepcional y extrema no puede edificarse una regla general que contraríe el sentido de las disposiciones aplicables y que entrañe el peligro de ser sustento de condenas de pensiones inequitativas desde los 50 años de edad originadas en la falta de un mes de cotización (verbigracia), sin que esa circunstancia prive al afiliado de la pensión de vejez a la edad y en las condiciones que la ley le confiere.

No puede perderse de vista que con arreglo al artículo 37 de la ley 50 quedaron derogados los artículos octavo de la ley 171 de 1961 y 267 del C.S.T. al disponer aquella que éste "quedará así:", y al gobernar íntegramente con una nueva redacción todo lo atinente a la denominada pensión sanción. Ese criterio de interpretación está contenido en el artículo 3o de la ley 153 de 1887 según el cual se estima insubsistente una disposición legal por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

Es tan cierto lo expresado anteriormente, que si no fuera así, carecería de lógica que la ley 50 de 1990 hubiera subrogado expresamente el artículo 8 de la ley 171 de 1961, del que se desprendería, en armonía con los reglamentos del seguro social, el derecho a la pensión sanción para algunos afiliados al I.S.S.. Pero aún durante vigencia de la ley de 1961, la jurisprudencia de la Corte, al interpretar dichos reglamentos, se había encargado de restringir tal pensión en tratándose de afiliados que al momento de la iniciación de la obligación de aseguramiento tenían menos de diez años de servicios a una misma empresa de capital calificado.

El fundamento de la pensión restringida mencionada por lo menos a partir de la ley 50 de 1990, ha estado sustentado, antes que en una sanción al despido injusto -que posee otros mecanismos de reparación-, en la imperiosa necesidad de resarcir el perjuicio que sufre un trabajador ocasionado por esa desvinculación que definitivamente lo priva de la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación o de vejez, según el caso.

De otra parte, tan perdió esta pensión especial el caracter de beneficio autónomo que tuvo

primigeniamente, que aún respecto de trabajadores no afiliados a la seguridad social -en los que sí puede proceder-, si posteriormente el seguro social asume la de vejez, "deja de estar a cargo de los empleadores" (inciso sexto, artículo 37, ley 50), vale decir, es sustituida por esta última, independientemente de su cuantía, lo que lleva a concluir que la esencia de ambas es la misma, pues sería ilógico pensar que la ley cohonestara una trasmutación de una sanción en una prestación.

Adicionalmente, al cimentarse la pensión restringida en la necesidad de evitar que el afiliado se quede sin la de vejez, respecto de los trabajadores afiliados a la seguridad social no es coherente condenar anticipadamente al pago de la primera, sin saber si se malogró el derecho a la segunda, lo que sólo es dable esclarecerlo al momento del cumplimiento de las edades mínimas (55 y 60 años, mujeres y hombres, respectivamente).

Por manera que no puede identificarse la falta de afiliación -que sí podría generar la pensión sanción-, con la afiliación del trabajador al I.S.S. tan pronto se inició la obligación de inscripción en la respectiva región del país.

Por otro lado, tampoco se puede asimilar dicha situación a la pensión por retiro voluntario después de 15 años de servicios, y con base en ello concluir que con mayor razón adquieren la pensión sanción, pues si se parte de esa premisa equivocada, errada será también la conclusión, debido a que para los afiliados sometidos al régimen de seguridad social desde su inicio en la respectiva región, lo que procede es la respectiva pensión de vejez a cargo del seguro social, como lo tiene adoctrinado reiteradamente la jurisprudencia de esta Corporación. En efecto, en sentencia de junio 3 de 1982, con ponencia del magistrado Fernando Uribe Restrepo, consideró:

"De suerte que al producirse la subrogación total de las pensiones jubilatorias patronales por el nuevo sistema de pensión de vejez a cargo del Seguro Social -sistema más técnico y de mayor proyección social- con las solas salvedades y limitaciones expresamente establecidas por los reglamentos para el período de transición, conforme lo ha aceptado reiteradamente la jurisprudencia, es lógico que dicha subrogación total comprende también a las pensiones especiales. (Subrayo).

"El seguro social no asumió por ejemplo, la pensión proporcional por retiro voluntario del trabajador después de 15 años de servicios. Así como tampoco asume todas y cada una de las prestaciones patronales, en las mismas cuantías y condiciones que la ley establece a cargo del patrono, en ninguno de los riesgos de enfermedad común, riesgos profesionales e invalidez, vejez y muerte.

"Es que en realidad el seguro social está obligado a asumir la pensión de vejez, diseñada especialmente por la ley 90 de 1946, como "riesgo correspondiente" a las pensiones de jubilación, y en ningún caso está obligado a asumir las mismas prestaciones que la ley consagra a cargo de los patronos. No quiere la ley del seguro social una subrogación simple, por cambio del deudor, sino una verdadera sustitución de sistemas. No es solo que el I.S.S. reemplace a los patronos: se trata de que el seguro social de vejez sustituya las pensiones patronales de jubilación.

"Solo las excepciones o limitaciones expresas -interpretadas restrictivamente- podrían representar una desviación de la regla general según la cual el seguro social reemplaza la jubilación patronal. De este modo se cumple el principio jurídico que regula la vida de la ley en el tiempo, consagrado por el artículo 3o de la ley 153 de 1887 según el cual "estímase

insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones legales posteriores o por existir una ley nueva que regula integralmente la materia a que la anterior disposición se refería...".

Aunque las razones expresadas ponen de manifiesto la improcedencia de la pensión deprecada, si existiera alguna duda en punto a la real voluntad del legislador sobre la misma y más específicamente sobre el sentido del artículo 37 de la ley mencionada, nada resulta más apropiado que acudir al pensamiento plasmado en la ponencia oficial presentada en los debates legislativos por el grupo de congresistas designado para tal efecto, quienes de manera unánime expresaron:

"Se elimina la pensión sanción respecto de los trabajadores amparados por el sistema de seguridad social a cargo del Instituto de Seguros Sociales. Se mantiene su concepto original cuando dicha circunstancia no se presente. Esto es, el trabajador afectado por el despido será beneficiario de la pensión sanción a cargo del empleador si no ha cotizado para pensión de vejez del I.S.S.. Se prevé también la posibilidad de que se pueda completar la cotización a efectos de la pensión proporcional de vejez cuando el trabajador no tenga el número mínimo de semanas y haya estado al servicio del empleador más de 10 o 15 años, así como la facultad que tendrá el empleador de conmutar las pensiones con el I.S.S.".

Por todo lo anteriormente expuesto, la hermenéutica propuesta por la impugnante, no consulta ni los antecedentes ni el sentido de la ley 50 de 1990, por lo que al tener la actora menos de 10 años de servicios al momento de asumir el seguro social el riesgo de vejez en la zona respectiva y sin haberse configurado incumplimiento patronal de sus obligaciones de afiliación y cotización, lo que procedía en rigor era condenar al empleador a "completar la cotización a efectos de la pensión" vitalicia de vejez, como lo dispuso acertadamente y después de un estudio juicioso el Tribunal Superior de Cundinamarca.

En consecuencia, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO.- Acusó la sentencia de violar "por vía directa, de haber existido interpretación errónea en los artículos 67 y 69 numerales 1 y 3 del C.S. del T., en concordancia con el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, y de los incisos 1 a 4 y párrafo 1. de la Ley 50 de 1990, en su artículo 37".

Manifestó el recurrente que dentro de la demanda inicial se incluyó al señor Jose Ignació Martín, quien fue el primer empleador de la demandante, a partir del 1. de octubre de 1975, y actuó como empleador hasta el 31 de diciembre de 1983, por lo que el Tribunal incurrió en errónea interpretación, al decidir que dicho demandante sólo había quedado obligado a pagar la cesantía hasta el 31 de diciembre de 1983 y no debía responder por las otras prestaciones causadas con posterioridad a la sustitución.

Sostuvo que "No se puede interpretar la norma, para desvincular al sustituido, en relación con la pensión sanción, por más de 15 años de servicio, interpretándose que no se había causado la pensión, cuando se operó la sustitución. Si se tratara de la pensión plena, sí podía exigirse esa causación dentro del periodo inicial, pero por tratarse de una pensión restringida, en donde la mayoría de tiempo se prestó a cargo del sustituido, tiene que interpretarse el numeral 3. del artículo 69, en el sentido de quedar obligado el empleador inicial al pago de esa pensión, en la forma solidaria que establece el numeral 1. ibidem."

Expresó que la interpretación del Tribunal viola los mas elementales principios laborales y de



justicia, y que la única posible es que el empleador inicial debe responder solidariamente por la pensión restringida de jubilación.

Pretende el recurrente que la Corte case parcialmente la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, revoque la del a-quo en cuanto absolvió al demandado Jose Ignacio Martin M. y en su lugar lo condene a solidariamente con Maria Cecilia Martin Gomez a pagar la pensión y le imponga las costas de primera y segunda instancia.

A su turno el opositor afirmó que el artículo 69 del C.S. del T., dispone que la responsabilidad del antiguo empleador va hasta el día de la sustitución; y que en el caso de la pensión de jubilación le corresponde pagarla al nuevo patrono pero éste puede repetir contra el anterior, circunstancia que no se presenta, por lo que el cargo debe rechazarse.

#### SE CONSIDERA

Observa la Sala que el cargo parte del presupuesto equivocado de que a la demandada María Elsa Barbosa Ramírez se le condenó a pagar pensión sanción en los términos pedidos por la actora; aspecto fáctico ajeno a la vía directa escogida por la censura.

De otra parte, observa igualmente que la recurrente carece de razón al pretender que se condene también al antiguo empleador a pagar la pensión sanción reclamada, toda vez que el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo señala de manera clara la responsabilidad del antiguo y el nuevo empleador. Dicha norma precisa que el nuevo responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución; por lo tanto, como el eventual derecho a la pensión sanción surge de un acto ejecutado por el nuevo empleador (despido sin justa causa), no puede atribuírsele la carga prestacional al sustituido, quien no responde por conductas de terceros.

Además, con relación a la pensión de jubilación, el numeral 3 del precepto aludido dispone que cuando el derecho haya nacido con anterioridad a la sustitución y la pensión sea exigible con posterioridad, debe ser cubierta por el nuevo patrono, pero éste puede repetir contra el antiguo, por lo que tampoco tiene razón la recurrente.

En consecuencia, el cargo se desestima.

TERCER CARGO.- Acusó la sentencia de violar "por vía directa de haber incurrido en interpretación errónea del artículo 13 del Decreto 2351 de 1965 y del artículo 7o. de la Ley 11 de 1984, en concordancia con los artículos 65, 186, 249 y 306 del C. S. del T, del artículo 8 del Decreto 2351 de 1965, numeral 4. literal d".

En la demostración expuso la accionante que el ad-quem reconoció el derecho de la actora al descanso compensatorio por trabajo en domingos y festivos, y a la dotación, pero que interpretó las normas que los consagran, en el sentido de que para su causación debe gozarse del descanso y la entrega de la dotación, por lo que no podía proferir condena sino que debía efectuarse una reclamación de perjuicios por el incumplimiento de esas obligaciones. Lo que en concepto del recurrente es injusto y favorece al empleador incumplido, y además exige una demanda de perjuicios que no está contemplada en las normas.

Considera que cuando no se da el descanso compensatorio remunerado, es obligación patronal pagar el valor de ese descanso en dinero sin que corresponda al actor iniciar un proceso por perjuicios, pues la falta de entrega de la dotación, conduce a la condena al pago de su valor.

Manifestó que: "En cuanto al descanso, la situación es más lógica, ya que si el mismo Tribunal encontró acreditado el trabajo habitual de 4 horas durante los días domingos, cada quince días o dos semanas, y el trabajo de todos los festivos simplemente tenía que liquidar el valor de esas horas, que adicionalmente le correspondía descansar, con el mismo valor devengado para esa época.

"En consecuencia, la Corte tiene que, de acuerdo con una lógica interpretación condenar al valor de los descansos compensatorios, por el trabajo habitual reconocido, teniendo en cuenta el salario devengado, y a la dotación valorada pericialmente.

"El Tribunal estableció que por concepto de la mitad de los domingos y todos los festivos, por el último año de servicios, se había devengado \$75.974 de lo que se obtiene un promedio mensual de \$6.630.33, está sería cuando menos, la cifra que hay que tener en cuenta para la condena de los descansos, por trabajo habitual en domingos y festivos, y los \$6.630.33, mensuales, tienen que servir de base, para el reajuste de las prestaciones, de la indemnización por despido y de la indemnización moratoria."

Pretende la impugnante que la Corte case parcialmente la sentencia atacada en cuanto no condenó a los descansos por trabajo habitual en domingos, festivos y a la dotación, para que, en sede de instancia revoque la del juzgado que negó esas peticiones y en su lugar acceda a ellas y condene en costas.

La réplica dijo que la proposición jurídica es incompleta pues faltó citar los artículos 180 y 181 del C.S. del T; que el cargo contiene dos aspectos diferentes, como son el reclamo del supuesto derecho al reconocimiento del descanso compensatorio por trabajo en domingos y festivos, y de otra parte la petición de dotación. Además que la demandada canceló lo debido oportunamente.

#### SE CONSIDERA

No tiene razón la réplica, en cuanto a la deficiencia que le atribuye a la proposición jurídica, toda vez que con base en el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991 es suficiente citar las normas que constituyendo la base esencial del fallo consagran los derechos sustanciales pretendidos, y el artículo 13 del Decreto 2351 de 1965, corresponde al 181 del C. S. del T. echado de menos por el opositor.

De la sentencia del Tribunal, en particular de los apartes atrás transcritos, se establece que el ad quem no efectuó exégesis alguna de las normas señaladas por el recurrente en el alcance de la impugnación, puesto que respecto de la pretensión del descanso compensatorio por trabajo habitual en domingos, concluyó, con base en los documentos de folios 119 a 155, que estaba satisfecha, circunstancia por la cual la vía escogida por el recurrente es equivocada, ya que supone la conformidad del impugnante con los aspectos fácticos establecidos por el Tribunal; y en lo atinente a las otras dos peticiones el fallador se ciñó al texto de la demanda inicial, para no aplicar dichas normas.

De otra parte, si bien de la demanda inicial puede entenderse que se reclamó la indemnización o el perjuicio por el no disfrute de los descansos compensatorios por los festivos laborados, así como la indemnización por la falta de entrega de la dotación, dicha apreciación no puede cuestionarse por la vía escogida por la recurrente que es ajena a cualquier aspecto fáctico.

No obstante lo anterior, en rigor la impugnante no formuló en debida forma, o por lo menos con la claridad debida, las peticiones de la demanda inicial, ya que como lo señaló el Tribunal no es

posible después de terminado el contrato de trabajo pretender "descansos correspondientes por trabajo habitual en domingos y festivos que no fueron reconocidos, durante todo el tiempo trabajado" ni "la dotación, blusas o delantales y zapatos", sino las respectivas compensaciones en dinero.

En consecuencia el cargo se rechaza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca el 27 de octubre de 1994, en el juicio seguido por María Elsa Barbosa Ramírez contra José Ignacio Martín y Martha Cecilia Martín Gómez o Martín de Sánchez.

Costas a cargo del recurrente.,

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase expediente al Tribunal.

JOSE ROBERTO HERRERA VERGARA FRANCISCO ESCOBAR HENRIQUEZ

RAFAEL MENDEZ ARANGO

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

GERMAN G. VALDES SANCHEZ

RAMON ZUÑIGA VALVERDE

LAURA MARGARITA MANOTAS GONZALEZ

Secretaria



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

