

Radicación n° 47375

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada Ponente

SL2412-2016

Radicación n.° 47375

Acta 02

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por SEGUNDO SANTIAGO CONSUEGRA, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 24 de marzo de 2010, en el proceso ordinario adelantado por el recurrente contra LA UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA.

ANTECEDENTES

Con la demanda inicial, el actor solicitó que se condene a la demandada a pagar la indemnización por despido sin justa causa «de conformidad con la Ley y el parágrafo 1 del Artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo, vigente -2007-2008- (...) equivalente a 1.674.39 días del último salario devengado»; a reintegrarle las sumas ilegalmente descontadas del salario, debidamente indexadas; a cancelar la mesada pensional correspondiente al periodo comprendido entre el 7 de febrero y el 31 de marzo de 2008, no reconocida por el ISS, debidamente indexada, así como la diferencia existente entre la pensión que le otorgó el ISS y la que le debió reconocer «legalmente» si la demandada hubiere estado al día en las cotizaciones efectuadas a su nombre. Igualmente, se imponga a la accionada el pago de la reliquidación de prestaciones sociales definitivas tomando como fecha de egreso el 14 de abril de 2008 y no el 31 de marzo del mismo año, a pagar al ISS 486.852 semanas, «en pensión, salud y riesgos profesionales» dejados de cancelar, la sanción moratoria, lo que resulte probado ultra o extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de esos pedimentos, el accionante expuso que se vinculó con la demandada mediante contrato a término indefinido, desde el 1° de julio de 1976 hasta el 14 de abril de 2008, fecha en que le fue aceptada la renuncia; que desempeñaba el cargo de profesor de medio tiempo, con un último salario mensual de \$1.284.169; que durante la vinculación dictó las cátedras de Derecho Procesal Laboral, Práctica Forense Laboral y Laboral Administrativo; que fue asesor de consultorio jurídico y durante los últimos 28 años de servicios, fue titular de la asignatura de Seguridad Social; que se vio obligado a terminar la relación laboral por las razones expuestas en su carta de renuncia recibida por la accionada el 7 de marzo de 2008, la cual fue aceptada mediante misiva calendada 14 de abril de 2008; que el ISS mediante resolución N° 005439 de 28

de marzo de 2008, le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de abril de 2008, en cuantía equivalente al 81% del IBL, esto es, por la suma de \$2.707.544,77, pues aun cuando laboró un total de 1.634,857 semanas, la accionada solo cotizó 1.148, por tanto, su prestación debía calcularse sobre el 90% del IBL y al no haber sido así, la demandada debe asumir el pago de esa diferencia equivalente a \$303.060,23 mensuales.

Igualmente, refirió que la Universidad no lo desafilió del Sistema Integral de Seguridad Social a partir del mes de febrero de 2008 como él lo había solicitado, sino a partir del 31 de marzo de 2008, por lo que debe asumir el pago de la mesada pensional correspondiente a ese periodo; que en la liquidación definitiva de prestaciones se tomó un extremo final diferente al real, lo que condujo a pagos deficientes; que de aquélla se le descontaron sumas no autorizadas; que durante los últimos 15 años previos a su renuncia fue miembro de la Junta Directiva Nacional de la Asociación de Profesores de la Universidad Libre –ASPROUL-, por lo que al momento de su renuncia gozaba de fuero sindical; que como segunda causal de retiro alegó «TRATAMIENTO INCONSECUENTE, DISCRIMINATORIO, INMEREcido DE LA DECANATURA Y SECRETARIA (sic) ACADEMICA (sic) DE LA FACULTAD DE DERECHO, QUE VIOLA HASTA EL FUERO SINDICAL DE QUE GOZO, AL CAMBIARME LAS CONDICIONES DE TRABAJO», y que su renuncia fue plenamente justificada y evidencia la existencia de un «despido indirecto» (fl. 73 a 82).

La convocada a juicio, al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones, negó los fundamentos fácticos de la misma y propuso como excepciones las de cumplimiento de la obligación, falta de concomitancia, existencia de mala fe del actor, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir y buena fe.

En su defensa expuso que los hechos manifestados por el actor para dar por terminada la relación laboral no encuadran dentro de las causales taxativamente señaladas en el art. 7 del D.L. 2351/1965; que no actuó de mala fe ni tampoco violó sistemáticamente sus obligaciones contractuales, legales y convencionales durante la vigencia del contrato de trabajo; que se evidencia la mala fe del accionante quien al conocer la proximidad del reconocimiento de su pensión de vejez «empezó a crear situaciones inexistentes con el fin de sacar provecho económico»; que la Universidad descontó de la liquidación definitiva de prestaciones la suma de \$1.127.607, porque correspondía al salario del mes de marzo de 2008 que no fue laborado; que constituye una pretensión «absurda», el pago de la mesada pensional del mes de febrero de 2008, en tanto el derecho a la pensión de vejez lo adquirió el 26 del mismo mes y año, cuando cumplió 60 años de edad y que una vez se determinen las semanas no cotizadas y el correspondiente cálculo actuarial procederá a su pago (fls. 99 a 104).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Conoció de la primera instancia el Juez Quinto Laboral de Descongestión del Circuito de Barranquilla, que en sentencia de 5 de diciembre de 2008 (fls. 134 a 145), resolvió:

1°) CONDENAR a la demandada (...), a reconocer y pagar al actor la suma de \$54.577.191.00 m.l., por concepto de indemnización por terminación unilateral con justa causa del contrato de trabajo, por parte del último como trabajador (...)

2°) CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al demandante la suma de \$301.060.30 m.l., mensuales por concepto de diferencia pensional mensual vitalicia, a partir del Abril 01 de 2008, generada en su favor por el no pago de las cotizaciones en Seguridad Social-pensiones

causadas durante todo el tiempo por el que se prolongó la relación contractual laboral habida entre las partes, habiéndolo hecho sólo durante 1.148 semanas, por las cuales el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció un pensión de vejez en cuantía de \$2.709.545.00 m.l.; cuando de haberse pagado al totalidad de las cotizaciones durante el tiempo de servicios nombrado, dicha pensión se le habría reconocido en cuantía de \$3.010.605.30 m.l., a partir del 01 de abril de 2008.

3°) Absolver a la demandada de los demás cargos impetrados en el libelo introductorio de la acción.

4°) Declara no probadas las excepciones propuestas por la demandada, debido a las resultados del proceso.

5°) Costas, a cargo de la parte vencida. Tásense por secretaría.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por la convocada a juicio, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante la sentencia impugnada (fls. 168 a 185), revocó la del a quo y, en su lugar, absolvió a la demanda de todas las pretensiones incoadas en su contra e impuso las costas de la primera instancia a cargo del demandante y sin lugar a ellas en la alzada.

Para esta decisión, comenzó por señalar que **la demandada no discute el no pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes a toda la vida laboral del actor, sino que alega la falta de inmediatez entre la ocurrencia de la falta y la renuncia motivada del actor.**

Afirma que el actor elevó ante la demandada varias peticiones tendientes a obtener el pago de las cotizaciones atrasadas, por lo que ésta, el 17 de septiembre de 2007, le comunicó cuales eran los vacíos presentados en sus cotizaciones, así:

De Julio 1° a diciembre de 1976

De febrero a diciembre de 1977

De febrero a abril de 1978

De febrero a diciembre de 1982

De febrero a diciembre de 1983

De febrero a abril de 1984.

Así mismo, refirió el ad quem, que la accionada le informó al actor que del 4 de agosto de 1989 al 20 de julio de 1994 estuvo desvinculado de la demandada, «que se ordenó su reintegro y el pago de las cotizaciones, que el ISS solamente reporta 171 semanas acumuladas de octubre 6 de 1986 a diciembre 31 de 1994; que aparece otro número de afiliación y que se considera pertinente un nuevo cálculo actuarial al ISS» y que éste, el 20 de septiembre de 2007, le presentó a la universidad «una liquidación de las cotizaciones faltantes, incluyendo además de las relacionadas anteriormente, las correspondientes a agosto de 1989 a julio de 1995, para un total de 446.98 semanas sin cotizar».

De lo anterior, concluyó que el demandante, «por lo menos» desde la última de las fechas

referidas -20 de septiembre de 2007-, **conocía acerca del incumplimiento de la demandada en su obligación de efectuar las cotizaciones correspondientes a pensión en los periodos atrás anotados y, no obstante, presentó su renuncia el 6 de marzo de 2008, esto es, después de más de «4 meses», «sin que exista justificación de la inacción del demandante, perdiéndose la relación de causalidad que debe existir entre el hecho generante del despido indirecto y éste» y que, por tanto, «frente a la falta de inmediatez no puede decirse que el hecho analizado sea justa causa para que el trabajador hubiese dado por terminado el contrato de trabajo».**

Sumado a lo anterior, señaló que el 23 de enero de 2008, el actor refirió tal situación como causa para la terminación del contrato de trabajo por su parte y, sin embargo, no tomó la decisión.

A continuación, manifestó que las peticiones elevadas por el accionante ante la Universidad se refirieron en su mayoría a las cotizaciones no canceladas y que las mismas fueron contestadas, con el escrito que milita a folios 18 y 19 y que respecto de ellas, tampoco se cumple el **«requisito de oportunidad o inmediatez entre la falta y la decisión de finiquitar el vínculo laboral».**

Señaló que la petición calendada 14 de enero de 2008, a la que el actor aludió en la carta de renuncia no obra en el expediente, pero que, en todo caso, la falta de respuesta a la misma no constituye motivo para dar por terminado el contrato de trabajo, máxime cuando el empleador está en la obligación de mantener al trabajador afiliado al Sistema General de Seguridad Social Integral hasta la fecha de su retiro, por lo que el silencio de la Universidad frente a dicha misiva no constituye una violación grave de sus obligaciones.

En cuanto al otro motivo aducido por el actor en su carta de renuncia, esto es, el **«"TRATAMIENTO INCONSECUENTE, DISCRIMINATORIO, INMERCEDOSO DE LA DECANATURA Y SECRETARIA (sic) ACADEMICA (sic) DE LA FACULTAD DE DERECHO (sic), QUE VIOLA HASTA EL FUERO SINDICAL DE QUE GOZA, AL CAMBIARME LAS CONDICIONES DE TRABAJO"»,** señaló el Tribunal:

Manifiesta el actor que el 20 de septiembre de 2007 solicitó (sic) por escrito recibido el 24, no programarlo para dirigir las cátedras de seguridad social y de derecho procesal laboral para el año 2008, por cuanto en el mes de febrero o marzo (sic) del 2008 el ISS le debía reconocer la pensión de vejez, pudiendo cumplir con su obligación contractual como Asesor Jurídico de la Universidad.

Sobre este punto es de anotar, que no existen elementos de juicio que acrediten que el Docente demandante tenía la facultad para decidir las funciones que cumpliría en virtud de sus obligaciones contractuales. Por otro lado, en carta del 23 de enero de 2008 se queja únicamente de la cátedra del curso 4º B del día lunes a las 10 de la mañana en la sede norte, porque no puede cumplir con sus obligaciones profesionales de abogado litigante y de Asesor de algunas empresas, renunciando a esa cátedra, sin que se advierte (sic) la posibilidad legal o contractual de renunciar a la misma. Así pues que el hecho aquí esgrimido tampoco justifica la renuncia del trabajador.

Como tampoco lo justifica que no haya sido programado para dictar la cátedra de seguridad social, especialmente si se tiene en cuenta que en la carta del 20 de septiembre de 2007 solicitó no programarlo para la misma.

Afirmó igualmente el ad quem, que en la misiva de fecha 20 de noviembre de 2007 suscrita

por la demandada y dirigida al convocante, no se advierte «intolerancia, prevención ni odio», pues en ella, de manera objetiva, se le recordó al actor que le fue creado un correo electrónico y se le dio la clave de acceso, por lo que no era aceptable que adujera no tenerlo y que además, impartió la orden de habilitar nuevamente el sistema de calificación para que los estudiantes no se vieran perjudicados.

Reseñó que «la evaluación insatisfactoria», por sí misma no constituye causa suficiente para renunciar, en tanto existen mecanismos de defensa, como el recurso de apelación que, de hecho, interpuso el accionante, «no demostrándose que la misma haya sido consecuencia del trato inmerecido, discriminatorio e inconsecuente de la decanatura».

Frente al punto de los descuentos salariales, manifestó que la conclusión del juzgado acerca de que aquéllos fueron legales, por cuanto no hay lugar a salario si no se labora, no fue objeto del recurso de alzada por parte del accionante, «concluyéndose que tampoco ésta es una causa justa de la terminación del contrato de trabajo por parte del demandante», por lo que había lugar a absolver por la indemnización por despido injusto.

Se ocupó a continuación de la diferencia pensional ordenada por el a quo, **en tanto la demandada apelante arguyó «que no existe norma que obligue al empleador a cancelar la diferencia pensional en caso de incumplimiento en el pago de las cotizaciones»,** para lo cual, luego de reproducir in extenso, la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, que refiere a la obligación de las administradoras de pensiones de «garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993», concluyó:

Así las cosas, no le corresponde a la Universidad Libre de Colombia asumir la diferencia de la mesada pensional que le hubiese correspondido al actor, debiéndose en consecuencia absolver por esta pretensión, máxime si se tiene en cuenta que se han realizado actuaciones tendientes al pago de las mismas.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el accionante que esta Sala case parcialmente la sentencia recurrida, «a fin de que en sede de instancia. REVOQUE el fallo del Tribunal Superior de Barranquilla, en cuanto absolvió a la demandada de todos (sic) las pretensiones de la demanda, y confirme la sentencia del Juzgado (...). Para que en sede de instancia se condene a la demandada a reconocer y pagar una indemnización al demandante por despido injusto. Para que en sede de instancia se condene a la demandada a reconocer y pagar al demandante la suma de \$301.060.30 m.l. mensuales por concepto de diferencia pensional mensual vitalicia, a partir de Abril 1º de 2008 (...) o en su defecto pagar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el total de 486,852 semanas dejadas de cancelar por la demandada por concepto de seguridad social, pensión, salud y riesgos profesionales, durante la vigencia del contrato de trabajo que unió a las partes».

Con tal objeto, formuló dos cargos que dentro de la oportunidad legal fueron replicados y que la Corte procede a estudiar en su orden.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia del Tribunal por la vía directa, en el concepto de aplicación indebida, «de los artículos 62 y 63, Literal B, inciso 6º, del Código Sustantivo del Trabajo, modificados por el Decreto 2351 de 1965 artículo 7º».

Para su demostración, aduce que no le asiste razón al ad quem cuando alega la falta de inmediatez entre el hecho que originó la renuncia y la fecha en la cual fue presentada, pues contrario a lo afirmado por éste, existe abundante jurisprudencia de esta Sala que refiere que la carencia de inmediatez entre los hechos generadores de la terminación del contrato y la comunicación de retiro indirecto no existe, dado que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo.

Manifiesta que el Tribunal en sus consideraciones da a entender que existió buena fe por parte de la demandada, por cuanto mediante comunicación de 17 de septiembre de 2007, ésta expresó las acciones que supuestamente había realizado frente a las cotizaciones pendientes de pago, pero que nunca ha existido tal buena fe, puesto que la comunicación que le remitiera el ISS, en la que le informó el surgimiento de unos periodos sin cotización, data del 12 de marzo de 2007; luego, hasta la fecha de la aludida comunicación, «transcurrieron 6 meses y 5 días y todavía la demandada consideraba pertinente solicitar un nuevo cálculo actuarial al I.S.S. (...), máxime cuando mi poderdante le había expresado tal inconsistencia con mucha anticipación».

Afirma que desde el 25 de julio de 2001, le informó a la accionada sobre el no pago de aportes a pensión por 486.852 semanas, no obstante, ésta hizo caso omiso a tal requerimiento lo que en su sentir tipifica un enriquecimiento sin causa, pues además de responder por los descuentos efectuados, la Universidad está en la obligación de cancelar dichos aportes con destino a la seguridad social, tal y como lo ordena la L. 100/1993 y los acuerdos del I.S.S.

Por lo anterior, señala que es claro que existió la causal invocada por el actor en la carta de renuncia que dio origen al alegado despido indirecto, específicamente la consagrada en el num. 6º lit. b del art. 7º del D. 2351/1965 modificado por los arts. 62 y 63 del C.S.T., pues no existe norma alguna que consagre un tiempo determinado entre las causas que dan origen al despido y la manifestación de dar por terminado dicho contrato, por cuanto dicha relación es de tracto sucesivo.

Finalmente, concluye:

En cuanto a la falta de respuesta a los derechos de petición hechos por mi mandante y al trato inconsecuente, discriminatorio, inmerecido de la decanatura y secretaría académica de la facultad de derecho, son motivos expresados y así sentidos por el demandante, son sentimientos intrínsecos y de difícil apreciación o juzgamiento, por ser totalmente subjetivos de la persona, pues no eran 2 ni 3 años los laborados por el Dr. Segundo Santiago, fueron más de 30, por lo cual debía de tener un tratamiento sin igual y de máxima calidad y afecto. Ahora bien, el Dr. Segundo Santiago era directivo sindical y cambiarlo de sede académica, tan sólo (sic) por la distancia existente entre una y otra era atentatorio a la condiciones de trabajo en las que venía desempeñando su labor por más de 30 años. Aquí se tipifica una causal de despido indirecto. Se ha dicho que el Jus Variandi en sentido estricto, el uso del poder del empleador está limitado por la naturaleza bilateral del contrato y por la especial protección de la que goza y es sujeto el trabajador.

VII. LA RÉPLICA

Sostiene el opositor que el censor incurre en fallas de orden técnico, pues pese a que el cargo lo dirigió por la vía directa, en el desarrollo del mismo se remite a documentos obrantes en el expediente para demostrar que el Tribunal se equivocó en la apreciación de los mismos; que no obstante, si se pasara por alta tal deficiencia, no podría darse viabilidad al cargo, pues en sede de instancia se llegaría a la misma conclusión del Tribunal, en tanto el demandante, desde el 25 de julio de 2001, conocía acerca de las inconsistencias en el reporte de sus cotizaciones al ISS, no obstante, solo hasta el 6 de marzo de 2008, presentó su renuncia motivada; esto es, 7 años después, por lo que «es absurdo el móvil aducido por el actor».

CONSIDERACIONES

Tal como lo refiere el opositor el cargo adolece de defectos técnicos en su formulación que comprometen su prosperidad, tales como:

- 1-. En el alcance de la impugnación el censor solicita que una vez se case el fallo de segunda instancia, en sede de instancia, éste sea revocado, lo cual constituye una impropiedad pues una vez quebrado el fallo impugnado, desaparece de la vida jurídica, por lo que resulta imposible revocar lo que no existe.
2. Pese a dirigir su ataque por la ruta del puro derecho, el censor incurre en la impropiedad de involucrar en su discurso cuestiones fácticas, generando impropriamente una mixtura de las dos vías de violación de la norma sustancial del orden nacional, lo cual no es admisible en sede de casación.
3. Aunado a lo anterior, se tiene que el Tribunal para revocar la condena al pago de la indemnización por despido sin justa causa, impuesta por el Juez de primera instancia adujo que el despido indirecto alegado por el trabajador no se configuró al no existir inmediatez entre el hecho que se alegó como originador del mismo –falta de cotizaciones al ISS- y la fecha de presentación de la renuncia y, por cuanto no se acreditó la existencia de una razón justificable para la inactividad del demandante.

Así mismo, el ad quem, consideró que las otras situaciones aducidas por el demandante como causas para terminar la relación laboral por parte de este -falta de contestación de las peticiones elevadas por el actor, «**TRATAMIENTO INCONSECUENTE, DISCRIMINATORIO, INMEREcido DE LA DECANATURA Y SECRETARIA (sic) ACADEMICA (sic) DE LA FACULTAD DE DERECHCO (SIC), QUE VIOLA HASTA EL FUERO SINDICAL DE QUE GOZA, AL CAMBIARME LAS CONDICIONES DE TRABAJO**», «evaluación insatisfactoria» y descuentos salariales-, no tiene tal carácter y, por tanto, no había lugar a imponer la indemnización por despido sin justa causa.

No obstante, el recurrente, básicamente centra su inconformidad, en la primera de las cuestiones abordadas por el Tribunal, esto es, en cuanto a la declarada falta de inmediatez entre el hecho generador de la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y la respectiva renuncia, pues frente a los demás pilares de la decisión censurada, únicamente efectúa consideraciones subjetivas que le impiden a la Sala realizar una efectiva confrontación entre lo decidido por el Tribunal y la Ley, a fin de determinar si existió o no violación de la misma.

Así, resulta claro que el recurrente dejó libre de verdadero ataque los demás fundamentos del colegiado de alzada y, con ello, incólume la sentencia que viene amparada de la doble presunción de legalidad y acierto, pues debe insistirse que para la prosperidad del recurso de casación es necesario que se controviertan todos los fundamentos de hecho o de derecho en que se basa la

sentencia acusada, pues nada se conseguirá si se ataca alguno o solo algunos de ellos o por razones distintas de las expresadas.

Al margen de lo anterior, y frente a la discusión planteada por el censor, esto es, que en el sub lite no resulta viable aducir la falta de inmediatez entre el hecho generador de la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y la respectiva renuncia, debido a que no existe disposición alguna que establezca un límite para el efecto, por cuanto los contratos de trabajo son de tracto sucesivo, resulta pertinente efectuar las siguientes consideraciones:

El contrato de trabajo, puede terminar previamente a la fecha prevista por las partes para su finalización, vía del mutuo acuerdo o por decisión de una de las partes y, en este último evento, lo puede ser con justa o sin justa causa, denominándose despido, cuando así lo determina el empleador y, renuncia, cuando quien adopta la decisión es el trabajador.

Empero, existen ocasiones en la que pese a que es el trabajador quien toma la determinación de dar por terminado el vínculo laboral, se habla de despido –indirecto-. Ello tiene ocurrencia cuando el empleador ha incurrido en conductas que se enmarcan dentro de las taxativamente señaladas en el lit. b del art. 62 del CST y, a consecuencia de ello, el trabajador se ve forzado a concluir su contrato laboral de manera anticipada.

Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos legales, no solo es necesario que tal decisión obedezca a los motivos consignados, en principio, en la ley, sino que ellos, deberán ser necesariamente comunicados de manera clara, precisa y por escrito al empleador.

Adicionalmente, las razones que justifican esa terminación, deben ser expuestas con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a tal terminación.

Y es que en realidad, la decisión de finiquitar el vínculo contractual en esas condiciones debe realizarse dentro de un término prudencial, razonable, de suerte que no exista duda de que el motivo que se alega como originario del mismo, en realidad lo es; es decir, que se evidencie el nexo causal entre uno y otro, lo que lógicamente, no implica que el despido indirecto deba darse de manera inmediata o coetáneamente con el hecho generador del mismo.

No obstante lo anterior, eventualmente pueden ocurrir situaciones en que resulte imposible cumplir con ese postulado de término razonable y, en tales eventos, le corresponderá, precisamente al trabajador, demostrar que dicha dilación no fue injustificada.

En este asunto, como el mismo recurrente lo pone de presente en la demostración del cargo, resulta incuestionable que el actor conoció acerca de la omisión en el pago de aportes pensionales por parte de su empleadora, «desde Julio 25 de 2001» (fl. 7 C. de la Corte), fecha en la cual afirma haberle comunicado sobre el particular, mientras que su decisión de dar por concluido el vínculo laboral con fundamento en tal situación, únicamente la presentó el 7 de marzo de 2008, esto es, después de más de 6 años y 7 meses. A pesar de ello, no expone razones que justifiquen tal dilación en su determinación de dar por terminado el contrato de trabajo, pues aun cuando refiere «conocer con amplitud y sobrado conocimiento las normas laborales», simplemente se limitó a manifestar sobre el particular que «le dio la oportunidad a la demandada que corrigiera los errores».

De lo anterior, se tiene que en el sub lite, la determinación del Tribunal, basada en la sana crítica, en torno a la «falta de inmediatez» entre el hecho analizado como justa causa para dar por

terminado el contrato de trabajo –falta de cotizaciones- y la decisión de renunciar tomada por el accionante, no comporta una decisión, carente de sustento -como lo afirma el censor al señalar que no existe norma alguna que estime el término que se debe tener como prudencial para tales efectos-, menos aún violatoria de las normas que integran la proposición jurídica, pues como quedó dicho tal cuestión es un requisito indispensable para la configuración del despido indirecto que, no obstante no encontrarse consagrado legalmente, ha tenido un amplio y decantado desarrollo jurisprudencial.

Así, le correspondía al censor demostrar de manera diáfana que la tardía decisión de renunciar - respecto de la situación fáctica alegada-, obedeció a cuestiones justificables y a ello había lugar únicamente por la senda fáctica, que no por la directa escogida.

Por lo anterior, el ataque no sale triunfante.

VIII. CARGO SEGUNDO

Afirma que el Tribunal, en su decisión, vulneró por la vía directa, en el concepto de aplicación indebida, el «artículo 48 y 53 de la Constitución Política, el artículo 22 y 24 de La Ley 100 de 1993, El artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, La Ley 789 de 2002. La Ley 797 de 2003, El Decreto 3041 de 1966 y El Decreto 758 de 1990, artículo 1º».

Para sustentar el cargo, señala que no le asiste razón al ad quem cuando, para revocar el punto referido a la diferencia pensional deprecada, se fundamentó en la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270 que efectuó un cambio jurisprudencial al «no atribuirle responsabilidad a las administradoras de pensiones» en caso de mora del empleador en el pago de cotizaciones a la seguridad social, pues si bien en dicha sentencia «el Instituto de Seguros Sociales era parte dentro del proceso y se discutía sobre su inacción de cobro en el incumplimiento de las obligaciones de los empleadores, artículo 24 de Ley 100 de 1993, en el presente proceso el Instituto de Seguros Sociales no fue parte ni nunca se vinculó al proceso para que respondiera acerca de sus acciones o inacciones en el cobro de las obligaciones en el pago a la seguridad social en contra de la demandada, Universidad Libre, por lo tanto hubo exceso y extralimitación por parte del tribunal superior al "condenar" al I.S.S., sin ser parte dentro del proceso».

Afirma que en el sub lite, la demandada no solicitó que el ISS se hiciera parte dentro del proceso ni mucho menos que fuera condenada por el hecho de no efectuar el cobro correspondiente, que por el contrario, la accionada al interponer el recurso de apelación solicitó que se condicionara «el numeral 2 de la sentencia de primera instancia hasta que el ISS, previo pago del cálculo actuarial por parte de la demandada, incremente el valor de la pensión».

Señala igualmente, que la demandada admitió que el 9 de febrero de 2006 solicitó al ISS el cálculo actuarial correspondiente por los periodos laborados y no cotizados por el actor, circunstancia que demuestra que el fallo impugnado es desacertado en la medida que existía voluntad de pago por parte del empleador.

Manifiesta que si bien el art. 24 de la L. 100/1993, otorga la facultad para que las administradoras de los distintos regímenes de pensiones adelanten acciones de cobro contra aquellos empleadores incumplidos en el pago de aportes a la seguridad social de sus trabajadores, no es menos cierto que el art. 22 ibídem establece una obligación por parte del empleador en el pago de dichos aportes, disposiciones que, en su sentir, debieron aplicarse por parte del Tribunal teniendo en cuenta el principio de favorabilidad contenido en el art 53 de la C.N.

Aduce que otro aspecto que no tuvo en cuenta el juzgador de segundo grado fue que las semanas no cotizadas a la seguridad social por parte de la demandada, ocurrieron en las siguientes fechas:

De julio 1° a Diciembre de 1976

De febrero a Diciembre de 1977

De Febrero a Abril de 1978

De Febrero a Diciembre de 1982

De Febrero a Diciembre de 1983

De Febrero a Abril de 1984

Calendas que son anteriores a la entrada en vigencia de la L. 100/1993, razón por la que el ad quem no podía darle aplicación al aludido art. 22, toda vez que para ese momento se encontraba vigente el D. 3041/1966 modificado por el D. 758/1990. Como fundamento de ello, refiere apartes de la sentencia CSJ SL, rad, 34270 de la cual no ofrece fecha.

IX. LA RÉPLICA

Manifiesta el opositor que el cargo contiene defectos de técnica, pues afirma que el censor involucra aspectos fácticos pese a dirigir el cargo por la vía directa; que el fallo del Tribunal se fundamentó en una sentencia de esta Sala, por lo que el submotivo de violación alegado debió ser el de interpretación errónea y que no existe norma que ampare la petición del actor, «en tanto entre 1976 y 1984, la falta de cotizaciones al ISS generaba para el aspirante la pensión troncada en su totalidad o en parte, una indemnización de perjuicios, no un monto pensional fraccionado».

Finalmente, refiere que con la L. 100/1993, existen mecanismos para que el empleador incumplido satisfaga las cotizaciones que dejó de efectuar, más no la asunción de monto pensional alguno.

X. CONSIDERACIONES

Aun cuando la formulación del cargo no es un modelo a seguir, básicamente el censor discrepa de la decisión del Tribunal en cuanto éste, con fundamento en una sentencia de esta Corporación -referente a la capacidad que tienen las administradoras de pensiones de promover acciones para el cobro de las cotizaciones en mora por parte de los empleados-, revocó la decisión del a quo, que había condenado a la demandada al pago de la suma de \$301.060.30, a partir del 2° de abril de 2008, por concepto de diferencia en la mesada pensional reconocida por el ISS, en tanto afirma el recurrente, este último nunca fue parte dentro del proceso.

Ahora bien, aunque es un hecho indiscutido que el empleador omitió realizar las cotizaciones por los periodos correspondientes a «julio 1° a Diciembre de 1976, De febrero a Diciembre de 1977, Febrero a Abril de 1978, Febrero a Diciembre de 1982, Febrero a Diciembre de 1983 y Febrero a Abril de 1984», lo que, afirma el censor condujo a la incorrecta configuración del derecho pensional que le reconoció el ISS, tal situación no conlleva a acceder a lo principalmente reclamado por él, esto es, que la accionada asuma la diferencia en el monto de la prestación jubilatoria otorgada.

Lo anterior, en la medida que la Corte ha sostenido que las normas llamadas a definir los efectos

de la falta de afiliación o de la mora en el pago de los aportes al sistema de pensiones, «con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que se afecte su estabilidad financiera» (CSJ SL2731/2013).

Es así que en asuntos en los que, como en este, la prestación ha sido reconocida con posterioridad a la L. 100/1993 –lo fue el 1° de abril de 2008- esta Sala, ha adoctrinado que es dicha normativa, específicamente la contenida en su art. 33, la que conviene aplicar a efectos de zanjar cuestiones como la que hoy es materia de estudio.

Bajo tal égida, no es procedente predicar que le corresponde a la empleadora asumir la diferencia pensional que pretende el censor y, en tal dirección, no se equivocó el Tribunal, pues a pesar que los aportes al sistema de pensiones constituía una obligación inherente a la relación laboral que existió entre las partes, lo procedente en estos casos es que la administradora de pensiones tenga en cuenta el tiempo de servicios por el cual no hubo cotizaciones y recobre el valor de los aportes con el cálculo actuarial respectivo.

Ahora bien, tal como lo refiere el recurrente, en este preciso asunto, el ente llamado a reconocer de la pensión de vejez, no fue parte dentro del litigio; empero, resulta innegable que persiste una responsabilidad a cargo de la Universidad Libre, por los tiempos de servicios prestados y no cotizados, y es allí donde radica el error jurídico del Tribunal.

En efecto, frente al hecho indiscutible de la mora en que incurrió el empleador durante los interregnos referidos, no se puede predicar una inmunidad absoluta, en tanto la convocada a juicio tenía la obligación de efectuar los aportes pensionales respecto de su entonces trabajador durante la vigencia del vínculo laboral que los unió y, verificada la omisión parcial, la manera de contrarrestar ese gravamen no es otra que la de efectuar el traslado del cálculo actuarial correspondiente al periodo en mora, de tal suerte que se garantice al actor que la prestación a cargo del ente de seguridad social, sea otorgada en el valor que legalmente corresponda.

En efecto, en esa dirección, fue que la Sala, en sentencia CSJ SL14388-2015, refirió la existencia de un traslado de responsabilidades entre entidades de seguridad social -para pago de pensión-, y empleadores -para pago de cálculos actuariales-, al considerar que tal orientación es la que resulta más adecuada a los intereses de los afiliados y que se acopla más a los principio del sistema de seguridad social. Así lo sostuvo:

(...) la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado hasta encontrar una suerte de solución común a las hipótesis de «omisión en la afiliación» al sistema de pensiones, guiada por las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, que no se aleja diametralmente de la que se sostiene frente a situaciones de «mora» en el pago de los aportes, pues, en este caso, se mantiene la misma línea de principio de que las entidades de seguridad social siguen a cargo del reconocimiento de las prestaciones.

Ahora bien, aquí y ahora, para la Corte resulta preciso reivindicar la mencionada orientación y evolución en su jurisprudencia, pues el mencionado traslado de responsabilidades entre entidades de la seguridad social – para pago de las pensiones - y empleadores – para pago de cálculos actuariales -, es el que resulta más adecuado a los intereses de los afiliados y el más acoplado a los objetivos y principios del sistema de seguridad social.

Así lo sostiene la Corte porque, en primer término, la referida doctrina encuentra pleno apoyo en la evolución de la normatividad reflejada en disposiciones como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003.

Asimismo, se acopla perfectamente a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad e integralidad, que velan por la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores, en el sentido amplio del término, a través de un sistema único, articulado y coherente, que propende por eliminar la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad.

Por otra parte, para la Corte la solución a situaciones de omisión en la afiliación que se ha venido reseñando resulta eficiente, pues reconoce prioritariamente el trabajo del afiliado, como base de la cotización, a la vez que garantiza el reconocimiento oportuno de las prestaciones, sin resquebrajar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores, con instrumentos como el cálculo actuarial y herramientas de coacción como las que tienen legalmente las entidades de seguridad social.

De igual forma, para la Corte, esta orientación es la respuesta más adecuada a los intereses de los afiliados, pues se les garantiza el pago de sus prestaciones a través de entidades del sistema de seguridad social, que tienen una mayor solidez financiera, vocación de permanencia y estabilidad, a la vez que una menor volatilidad que la que pueden tener determinadas empresas.

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.

Así las cosas, respecto de las prestaciones causadas en vigencia de la L.100/1993, las omisiones del empleador en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, deben tener como respuesta, por parte de la entidad seguridad social respectiva, el reconocimiento del tiempo servido como cotizado y, por parte del empleador, el respectivo pago del cálculo actuarial por lo periodos de omisión; línea doctrinal que igualmente resulta aplicable a los casos de omisión en el pago de aportes, como ocurre en el sub lite.

En esa perspectiva, incurrió el Tribunal en error jurídico al no dar aplicación a las disposiciones de la Ley 100/1993, que se encontraban vigentes a la fecha de reconocimiento de la pensión del demandante.

Por tanto, se casará la sentencia recurrida en casación, en cuanto al revocar la sentencia del juzgado, absolvió del cálculo actuarial correspondiente a las semanas dejadas de cotizar a favor del demandante, en vigencia de la relación laboral.

Sin costas, en casación por cuanto el recurso salió avante parcialmente.

I. SENTENCIA DE INSTANCIA

Sea lo primero señalar que el recurrente solicita como alcance subsidiario de la impugnación que, en sede de instancia, de no accederse al pretendido pago de la diferencia pensional se ordene «en su defecto pagar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el total de 468,852 semanas dejadas de cancelar». Por su parte, la Universidad accionada, sostuvo en el recurso de apelación que interpuso contra el fallo del primer grado, que la normativa vigente no obliga al empleador al pago de la diferencia de la mesada pensional con relación al que hubiere tenido derecho el actor

si se hubieren sufragado los aportes oportunamente, por lo que señala que conforme el art. 9 de la L. 797/2003, le es permitida la cancelación posterior de los mismas «previa liquidación por parte del fondo de pensiones», y que por tanto, «una condena razonable hubiese sido condenar al pago de los aportes una vez establecido el verdadero valor».

Así pues, conforme lo expuesto en sede de casación y, teniendo en cuenta lo solicitado en el referido alcance subsidiario de la impugnación por parte del casacionista, en sede instancia, se modificará el numeral segundo del fallo del juzgado que condenó a la demandada a «pagar al demandante la suma de \$301.060.30 m.l., mensuales por concepto de diferencia pensional mensual vitalicia, a partir del Abril 01 de 2008», en el sentido de que se condenará a la accionada a girar a satisfacción del Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, el valor del cálculo actuarial de las cotizaciones pensionales del actor correspondientes a los periodos «De Julio 1° a diciembre de 1976, De febrero a diciembre de 1977, De febrero a abril de 1978, De febrero a diciembre de 1982, De febrero a diciembre de 1983, De febrero a abril de 1984».

Sin costas en la segunda instancia, las de primera estarán a cargo de la demandada.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 24 de marzo de 2010, en el proceso ordinario adelantado por SEGUNDO SANTIAGO CONSUEGRA contra LA UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA, en cuanto absolvió a la demandada del pago del valor correspondiente al cálculo actuarial por las semanas dejadas cotizar a favor del demandante, en vigencia de la relación laboral. No la casa en lo demás.

En sede de instancia, **SE MODIFICA** el numeral segundo del fallo del juzgado que condenó a la demandada a «pagar al demandante la suma de \$301.060.30 m.l., mensuales por concepto de diferencia pensional mensual vitalicia, a partir del Abril 01 de 2008».

En su lugar, **SE CONDENA** a la accionada a girar, a satisfacción del Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, el valor del cálculo actuarial de las cotizaciones pensionales del actor correspondientes a los periodos «De Julio 1° a diciembre de 1976, De febrero a diciembre de 1977, De febrero a abril de 1978, De febrero a diciembre de 1982, De febrero a diciembre de 1983, De febrero a abril de 1984».

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

