

Radicación n.º 46729

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

Magistrado ponente

SL361-2018

Radicación n.º 46729

Acta 06

Bogotá, D. C., veintiuno y uno (21) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., el 16 de abril de 2010, en el proceso que instauró ROSE NELLY BAUD, contra la recurrente y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en liquidación.

AUTO

Téngase como sucesor procesal del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), acorde con la solicitud obrante a folios 95 a 96 del cuaderno de la Corte y lo previsto en el artículo 35 del Decreto 2013 de 2012.

I. ANTECEDENTES

La demandante llamó a proceso a la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, para que se declarara, en forma principal: i) que la entidad incumplió sus obligaciones laborales y de seguridad social al no afiliarla para pensión y no pagar las cotizaciones por todo el tiempo trabajado; ii) que no la afilió para el riesgo de vejez «Desde el 12 de febrero de 1979 hasta el 6 de junio de 1982 (183 semanas); desde el 13 de febrero de 1984 hasta el 11 de septiembre de 1984 (36 semanas); desde el 21 de febrero de 1990 hasta el 9 de agosto de 1990 (32 semanas); desde el primer período de 1994 hasta el segundo período de 1995 (104 semanas); en total 355 semanas [...]».

En consecuencia, se condenara a la Universidad: i) al pago de la pensión de vejez desde el 25 de diciembre de 1997, en los términos, condiciones y cuantías en que lo hubiera hecho el Instituto; ii) al pago del retroactivo de las mesadas ordinarias y adicionales desde el 25 de diciembre de 1997; iii) al pago de los intereses de mora del artículo 141 «o en su defecto, de los intereses moratorios que para estos casos establece la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral»; y iv) al pago del lucro cesante y el daño emergente, por los perjuicios de orden económico y moral, al no haber recibido oportunamente la prestación.

De manera subsidiaria, pretendió que se declarara que el Instituto de Seguros Sociales era responsable del pago de la pensión de vejez desde el 25 de diciembre de 1997, y en consecuencia, que se le condenara a pagar: i) la prestación desde el 25 de diciembre de 1997, con las primas y reajustes de ley, previo al pago por parte de la Universidad

demandada de las 355 semanas dejadas de cancelar para pensión, conforme al cálculo actuarial que efectuare la administradora, y ii) los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto el pago indexado de la primera mesada.

Para fundamentar lo precedente, aseguró que estuvo contratada como profesora de cátedra de la Facultad de Bellas Artes de la Universidad convocada a proceso, mediante contrato de trabajo por periodos académicos, de manera continua «iniciando el 12 de febrero de 1979 hasta el 6 de junio de 1982, y del 13 de febrero de 1984 hasta el 26 de noviembre de 1995, según certificaciones del 30 de octubre de 1991 y 20 de febrero de 1996, expedidas por el Director del Departamento de Recursos Humanos del Centro Educativo demandado»; y que recibía como asignación mensual un salario que correspondía al valor de la hora cátedra dictada, la cual variaba según el número de horas y el año laborado. Para el año 1995, la hora cátedra estaba en \$5.084,00.

Paso seguido afirmó, que el 3 de abril de 2006 presentó solicitud de pensión de vejez al Instituto al cumplir con los requisitos de edad y semanas cotizadas; que el 30 de mayo de ese año la entidad de previsión negó la prestación al considerar que si bien era beneficiaria del régimen de transición, no cumplía con los requisitos del Decreto 758 de 1990 en razón a que tenía la edad pero no el número de semanas de contribuciones, pues acreditaba 424 semanas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad y 427 en cualquier tiempo. Contra la decisión de la administradora interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos confirmando tal determinación, el 4 de septiembre de 2007 y 30 de abril de 2008 respectivamente.

Señaló, que nació el 25 de diciembre de 1942; que según el certificado de semanas cotizadas expedido por el Instituto, la Universidad demandada no realizó sus cotizaciones durante los años 1979, 1980, 1981; que tampoco aparecían cotizaciones por el primer semestre de los años 1982 y 1984, y sólo hasta el 11 de septiembre de 1984 fue afiliada, a pesar de estar trabajando desde el 13 de febrero de ese año; que no obraban cotizaciones de 1994 y 1995, toda vez «que en el ISS figuraba retirada por la Universidad desde el 25 de noviembre de 1993, sin embargo aparecen descuentos para el ISS en los comprobantes de pago de nómina del año 1995».

A lo anterior, agregó que la omisión en la afiliación por parte de la accionada, durante los periodos laborados, eran los tiempos de cotización que le faltaban para completar el requisito mínimo de 500 semanas durante los 20 años anteriores a la edad, es decir, que por causa de ese incumplimiento no ha podido acceder a la pensión de vejez; que mediante comunicación del 24 de noviembre de 2006 puso en conocimiento de la demandada esta situación, pero ella hizo caso omiso.

Aseguró, que solicitó a la administradora «la cuantía a cancelar con ocasión de la omisión en la afiliación», entidad que le contestó que el cómputo era procedente cuando era requerido por el empleador, pues era éste quien debía efectuar el traslado del cálculo actuarial a satisfacción del Seguro Social, y mantener las reservas actuariales respecto de los trabajadores que se encontraban en el régimen de transición, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo de artículo 2° del Decreto 1887 de 1994.

Finalmente, expuso que la omisión en la afiliación durante el período laborado y no cotizado, afectaba el requisito de las 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad, lo que le traía perjuicios económicos en razón a

que las semanas no cotizadas eran esenciales para la obtención y disfrute de su derecho «a la prestación económica y por consiguiente a la prestación asistencial».

Por otro lado, al dar respuesta a la demanda (f.ºs 91 a 105), la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano se opuso a las pretensiones principales, y señaló que el contrato de trabajo con la demandante no se ejecutó de manera continua, en razón que se hacía la liquidación del mismo al finalizar cada periodo académico, por lo que existían intervalos de tiempo en los que la actora no estaba vinculada; que la señora Baud había tenido varios contratos de trabajo en el período comprendido entre el 12 de febrero de 1979 hasta el 6 de junio de 1982 y del 13 de febrero de 1984 hasta el 25 de noviembre de 1993.

Esgrimió que en el año de 1994 existió un cambio en la vinculación de la demandante, que se hizo mediante contratos civiles de prestación de servicios, cuya duración se presentó desde el 24 de enero de 1994 al 19 de mayo, y del 8 de agosto al 26 de noviembre del mismo año; y que en el año de 1995 existió contrato de trabajo desde el 23 de enero hasta el 16 de mayo de 1995 y del 31 de julio al 26 de noviembre de dicha anualidad.

Argumentó, que a la señora Baud le era asignada una remuneración correspondiente a las horas cátedra dictadas a título de honorarios en el año de 1994, dado que estaba vinculada mediante contrato civil de prestación de servicios, y que era por esta misma razón que no aparecían las cotizaciones en este período; que en el año de 1995, en los períodos en que la actora estuvo vinculada mediante contrato de trabajo, se habían realizado los aportes a la seguridad social; que no era cierto que hubiera hecho caso omiso de la comunicación de la actora, pues se había pronunciado sobre la misma.

Finalmente, adujo que realizó las cotizaciones a la seguridad social en el momento en que se encontraba obligada a hacerlo, y que para los periodos de 1979, 1980, 1981, primer semestre de 1982 y hasta el 11 de septiembre de 1984, no se encontraba vigente el Decreto 2665 de 1988, norma que introdujo la consecuencia jurídica reclamada por la demandante.

De otra parte, al dar respuesta a la demanda (f.ºs 206 a 209), el Instituto de Seguros Sociales se opuso a todas las pretensiones y propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos, inexistencia del derecho y de la obligación, indebida aplicación e interpretación de la ley, cobro de lo no debido, y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D. C., al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 25 de enero de 2010 (f.º226 a 239), condenó a la Universidad demandada a gestionar ante el Instituto de Seguros Sociales, el cálculo actuarial del periodo insatisfecho entre el 12 de febrero de 1979 al 10 de septiembre de 1984, teniendo en cuenta al efecto, que la vinculación de la actora se dio por periodos académicos. Condenó a la entidad de seguridad social convocada a proceso a reconocer y pagar a la señora Rose Nelly Baud una pensión de vejez a partir de la fecha en que la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano realizara el pago del cálculo actuarial, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para la determinación del ingreso base de liquidación; y declaró no probadas las excepciones

propuestas por las demandadas.

III.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., en virtud de los recursos de apelación presentados por la demandante y la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, profirió sentencia de fecha 16 de abril de 2010 (f.º9 a 15), mediante la cual modificó el fallo del juzgado, condenando a la Universidad demandada a la emisión de un título correspondiente al cálculo actuarial del período que va desde el 12 de febrero de 1979 al 31 de diciembre de 1982 y del 1º de enero al 10 de septiembre de 1984, desde el 21 de julio al 9 de agosto de 1990 y del 1º de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1995, y confirmó en todo lo demás.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal señaló que para resolver la litis analizaría las resoluciones expedidas por el Instituto, donde niega el reconocimiento pensional (f.º15 a 17); el recurso de reposición y apelación contra estas decisiones (f.º18 y 19); los comprobantes de pago de nómina de la demandante realizada por la institución universitaria (f.º20 a 21); la relación de novedades de afiliación y cotizaciones en pensiones a la administradora (f.º23 a 28); la resolución n.º 019876 de 2003 (f.º29); la certificación emitida por la Universidad demandada sobre el tiempo e intensidad horario del trabajo de la demandante (f.º32 a 39); certificación emitida por la empleadora sobre el tiempo e intensidad horaria del trabajo de la demandante (f.º32 a 39 y 40 a 41); copias de los aportes de autoliquidación al sistema de seguridad social en pensiones al Instituto (f.º129 a 148); y el interrogatorio de parte a la demandante (f.º222 y 223).

Después estimó que la demandante era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en razón a que nació 25 de diciembre de 1942 (f.º4) y tenía 53 años de edad al 1º de abril de 1994, que le eran aplicables entonces los requisitos de edad y número de semanas, y el monto de la pensión consagrados en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Luego de transcribir el artículo 12 del acuerdo mencionado, estableció que la demandante tenía 55 años de edad al 25 de diciembre de 1997; y señaló que le correspondía establecer la satisfacción de las 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo o, las 500 semanas dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad requerida.

Consideró que estaba por fuera de discusión que los aportes sufragados al Instituto ascendían a 427 en todo el tiempo, de los cuales 424 correspondían a los últimos 20 años al cumplimiento de la edad mínima (f.º29); que al momento de contestar la demanda, la Universidad accionada había manifestado que la actora prestó sus servicios a través de varios contratos desde el 12 de febrero de 1979 hasta el 6 de junio de 1982 y del 13 de febrero de 1984 hasta el 25 de noviembre de 1993 (f.º92); que reposaba el certificado emitido por la institución universitaria (f.º32 a 39) donde informaba que la actora laboró «allí tanto el primer como el segundo semestre desde el año de 1979 al primer periodo de 1982 y del primer periodo de 1984 al segundo periodo de 1995».

Aunado a lo anterior, señaló que de los reportes de tiempo cotizado al Instituto en pensiones (f.º23 a 28) se apreciaba que «la demandante únicamente fue afiliada por la Universidad Jorge Tadeo Lozano a pensiones desde el 11 de septiembre de 1984 y a partir de ese momento se efectuaron cotizaciones»; lo afirmado permitía concluir que la entidad universitaria no había cumplido con sus obligaciones de afiliación y cotización por los

períodos comprendidos entre «1979 y 1984 (sin 1983), así como el primer periodo de 1994 y segundo periodo de 1995».

Estimó que la actora demostró que había laborado desde «el 21 de febrero de 1990 (sic) hasta el 9 de agosto de 1990, desde el primer periodo de 1994 al segundo periodo de 1995» (f.º32 a 39); y que de acuerdo con el informe de los aportes a pensiones rendido por el Instituto (f.º23 a 28), estos periodos no fueron cotizados por la empleadora demandada, y era un tiempo en el que ella se constituyó en mora de esta obligación.

Luego de reproducir las sentencias del 22 de julio de 2008 con radicado 34270 y 7 de octubre de 2008 con radicado 33380, señaló que existía responsabilidad patronal por causa de la omisión de afiliación y cotización al sistema de seguridad social en pensiones en el periodo que iba desde «el 12 de febrero de 1979 hasta el 10 de septiembre de 1984» y «desde el 21 de febrero al 9 de agosto de 1990, del 1 de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1995», tiempo frente al que aseguró, la actora había acreditado la prestación del servicio a la demandada bajo un contrato de trabajo, y en el cual esta última tenía la obligación de «afiliar y aportar en pensiones a todos sus trabajadores».

A reglón seguido, indicó que la demandada, para el momento de vinculación de la actora, tenía la obligación de afiliar y cotizar en pensiones al Instituto dado que el Decreto 3041 de 1966 también contemplaba dicha obligación para el personal docente universitario privado; que en razón a que al contabilizar el tiempo dejado de cotizar, con las semanas tenidas en cuenta por la administradora al momento de negar el derecho pensional daba un total de 926.84, era necesario verificar si la demandante acreditaba las 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

Explicó que la señora Baud adquirió los 55 años de edad el 25 de diciembre de 1997, por lo que era dable:

[...] contabilizar las cotizaciones dentro del margen inicial del 25 de diciembre de 1977; contabilizando el periodo de no cotización dentro del periodo que va del 12 de febrero de 1979 al 31 de diciembre de 1982 y del 1 de enero al 10 de septiembre de 1984 arroja un total de 1460 días, es decir, 238.85 semanas de cotización en pensiones; el tiempo no cotizado que comprende desde el 21 de julio al 9 de agosto de 1990 y del 1 de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1995 arroja un total de 898 días, correspondiente a 128.28 semanas; todas estas semanas sumadas a las 424 tenidas en cuenta por el ISS al momento de negar el derecho en la Resolución No. 019876 de 2006, arroja un total de 791.13 semanas dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad.

A continuación, consideró que a la demandante le asistía el derecho a la pensión de vejez al cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año; que la responsabilidad patronal se reflejaba en la obligación de emitir un título pensional correspondiente al traslado del cálculo actuarial sobre los tiempos dejados de cotizar, los que se debían contabilizar continuos «desde el 12 de febrero de 1979 al 31 de diciembre de 1982 y del 1 de enero al 10 de septiembre de 1984, desde el 21 de julio al 9 de agosto de 1990 y del 1 de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1995», como quiera que si bien la demandante estuvo contratada por períodos académicos, los aportes debían realizarse sobre el período calendario, sin incluir el año de 1983, porque no se probó la prestación del servicio para esta anualidad.

Finalmente, estableció que dado que las semanas de cotización dejadas de realizar por el empleador hacían parte del «haber del afiliado para obtener su pensión», la obligación del empleador de emitir el cálculo actuarial de los aportes dejados de realizar no tenía carácter prescriptivo, pues estos aportes hacían parte del derecho irrenunciable de la pensión.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

El propósito de la recurrente es que:

[...] la H. Corte CASE la sentencia impugnada, para que sede (sic) de instancia revoque la sentencia del a quo, y en su lugar absuelva a la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, de todas las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito formula dos cargos, los cuales fueron debidamente replicados. Por razones de método se estudiará inicialmente el segundo.

VI. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia impugnada de violar «por la vía directa por aplicación indebida del artículo 284 de la ley 100 de 1993; infracción directa de los artículos 16 y 101 del Código Sustantivo de Trabajo; lo que a su vez condujo a la aplicación indebida, en la modalidad de dar alcance que no tiene al artículo 33 de la ley 100 de 1993».

El recurrente lo sustenta de la siguiente manera:

[...] la condena al cálculo actuarial se efectuó tomando como base el correspondiente periodo calendario y no el periodo académico. La razón por la cual el fallador condenó de acuerdo con el periodo calendario, se encuentra la página 14, párrafo 3, del fallo impugnado, el cual dice:

'la responsabilidad patronal se refleja en la obligación de emitir un título pensional correspondiente al traslado del cálculo actuarial sobre los tiempos dejados de cotizar que se contabilizarán continuos desde el 12 de febrero de 1979 al 31 de diciembre de 1982 y del 1 de enero al 10 de septiembre de 1984, desde el 21 de julio al 9 de agosto de 1990 ... dado que si bien contrataron a la demandante por periodos académicos los aportes deben realizarse sobre el periodo calendario...'

Aunque de manera expresa el ad quem no lo refiere, es fácil colegir que para llegar a la anterior conclusión, el Tribunal acudió a la aplicación del artículo 284 de la ley 100 de 1993, toda vez, que fue este precepto el que ordenó cotizar por el año calendario respectivo, no obstante que el contrato con los docentes se entendiera celebrado por el periodo académico.

Frente a las supuestas omisiones en los aportes correspondientes a los periodos académicos de 1979, 1982, 1984 y 1990, no podía condenar con sustento en el artículo 284 de la ley 100 de 1993, por cuanto dicha norma no existía cuando se configuró la supuesta omisión, ya que su advenimiento se presentó tan solo cuando entró en vigencia la ley 100 de 1993.

La decisión del ad quem no hace otra cosa que desconocer que de acuerdo con el artículo 19 del Código Sustantivo de Trabajo, las normas no tienen efecto retroactivo, sino que rigen hacia el futuro, por ello además de ser indebida la aplicación del aludido artículo 284 por no estar vigente en aquellos años en que se configuró la supuesta omisión en los aportes, también incurre en infracción directa al desconocer que la norma laboral tiene efecto general e inmediato, mas no retroactivo, lo que de paso viola el debido proceso al no juzgar la litis de acuerdo a las normas preexistentes al hecho imputado.

Al condenar al cálculo actuarial de acuerdo con el periodo calendario y no por el periodo académico, también se vulnera el artículo 33 de la ley 100 de 1993, en la modalidad de aplicación indebida por dar alcance que no tiene, toda vez, que la condena al cálculo actuarial debe estar limitada por el respectivo periodo escolar y no condenar de manera desmedida de acuerdo con el año calendario.

Así mismo, el fallador desconoció el claro mandato del artículo 101 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual establece que el contrato con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza, se entiende celebrado por el año escolar, por lo cual, es de esperarse que la cotización a la seguridad social, correspondiente a los años anteriores a la ley 100 de 1993, también se efectúa sólo por el año escolar, y no por el periodo calendario, como lo dispuso equivocadamente.

Los dislates mencionados son trascendentes en la decisión final, ya que de haber aplicado el artículo 19 del C. S. de T., no habría dado efecto retroactivo al artículo 284 de la ley 100 de 1993 y en esa medida, respetando lo dispuesto por el artículo 101 del C. S. de T., habría ordenado el correspondiente cálculo actuarial pero limitándolo al periodo académico y no extendiéndolo de manera desproporcionada al periodo calendario.

VII.

RÉPLICA

La opositora, señora Rose Nelly Baud, afirma que resulta inadmisibile que se impugne el fallo alegando aplicación indebida de una norma, frente a la cual el mismo recurrente asegura no haber sido expresamente mencionada por el juzgador.

Añade que el Tribunal no violó disposición legal alguna, porque las pruebas obrantes en el expediente lo llevaron al convencimiento de que la Universidad demandada no cumplió con las obligaciones de afiliación y cotización a la seguridad social.

Por su lado, el Instituto de Seguros Sociales al contestar ambos cargos sostiene que la cotización de los profesores de establecimientos particulares de enseñanza vinculados a través de contratos a término fijo por el período escolar, debía hacerse por la totalidad del período calendario, y que así lo había estimado esta Corporación en sentencia CSJ SL, 23 abr. 2001, rad. 15623.

/III.

CONSIDERACIONES

Por dirigirse el ataque por la vía de puro derecho, se encuentran por fuera de discusión los siguientes supuestos fácticos: i) que la señora Rose Nelly Baud nació el 25 de diciembre de 1942; ii) que la demandante era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y, iii) que las semanas hasta ahora cotizadas por la promotora del proceso en toda la vida laboral ascienden a 427, de las cuales 424 corresponden a los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad, es decir, entre el 25 de diciembre de 1977 y el 25 de diciembre del 1997.

1.- Lo primero que ha de precisar la Sala, es que no obstante la equívoca redacción del fallo gravado cuando afirma **«existe responsabilidad patronal por causa de la omisión de afiliación y cotización al sistema de seguridad social en pensiones en el término que va desde el entre (sic) el 12 de febrero de 1979 hasta el 10 de septiembre de 1984, así como, los aportes dejados de realizar desde el 21 de febrero al 9 de agosto de 1990, del 1 de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1995, periodos que se demostró la accionante prestó sus servicios a la Universidad Tadeo Lozano bajo un contrato de trabajo»**, lo cierto es que del contexto de la decisión surge que en realidad el Tribunal entendió que se trató de varios contratos de trabajo por periodos académicos.

Esto refulge con aseveraciones posteriores hechas por el juzgador colegiado tales como: La responsabilidad patronal se refleja en la obligación de emitir un título pensional correspondiente al traslado del cálculo actuarial sobre los tiempos dejados de cotizar que se contabilizaran continuos desde del 12 de febrero de 1979 al 31 de diciembre de 1982 y del 1 de enero al 10 de septiembre de 1984, desde el 21 de julio al 9 de agosto de 1990 y del 1 de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1995, dado que si bien contrataron a la demandante por periodos académicos los aportes deben realizarse sobre el periodo calendario, sin incluir la anualidad de 1983 pues no obra prueba sobre la prestación del servicio en esa época, como erróneamente lo encontró el a quo. De lo anterior surge nítido que para el sentenciador colegiado no hubo prestación del servicio por lo menos, en el año 1983, y que la contratación era «por periodos académicos».

De la constatación precedente emerge también, que el razonamiento del Ad quem fue jurídico, cuando estimó que no obstante la vinculación mediante varios contratos de trabajo por periodos académicos, los aportes a pensiones debían ser por periodos calendario. Y si bien, no hizo referencia expresa a precepto legal alguno, es dable entender que dio aplicación al artículo 284 de la Ley 100 de 1993, por lo que es admisible la proposición jurídica, máxime que involucra el artículo 33 ibídem, que prevé el pago de títulos pensionales con fundamento en el cálculo actuarial en el caso de los empleadores omisos, que fue en últimas, la condena fulminada contra la Universidad demandada.

Debe recordarse que en virtud de la flexibilización de este recurso extraordinario, es suficiente con señalar por lo menos una disposición sustantiva de orden nacional que contenga el derecho reclamado, o que constituya la base esencial del fallo o haya debido serlo, sin que sea menester integrar una proposición jurídica completa.

2.- No discute la entidad recurrente en esta acusación, que por los periodos que tuvo vigencia la contratación laboral, pesara en su disfavor la obligación de pagar el cálculo actuarial que le impuso la sentencia acusada, por la afiliación tardía y el incumplimiento del deber de cotizar. Su inconformidad se centra en que la condena a reconocer el valor de dicho cálculo actuarial se haya impuesto tomando como base el periodo calendario, y de manera continua, no obstante que la demandante había sido vinculada laboralmente por periodos académicos, con intervalos entre los distintos contratos de trabajo donde no hubo prestación efectiva del servicio.

Esgrime el impugnante que el juzgador no podía dar aplicación al artículo 284 de la Ley 100 de 1993 para fechas anteriores a su vigencia, y argumenta que en razón a lo consagrado en el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, los contratos laborales con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se debían entender

celebrados por el período escolar. En consecuencia, las cotizaciones a la seguridad social antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se debían efectuar por el período escolar y no por el período calendario.

3.- Observa la Sala que en efecto, la mayor parte de los periodos laborados por la demandante, respecto de los cuales hubo omisión de la Universidad en el cumplimiento del deber de afiliación, son anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no se rigen por lo dispuesto en el artículo 284 de dicha normativa.

Ahora bien, teniendo en cuenta que se halla demostrado en el sub lite, que la relación laboral de la demandante con la Universidad convocada a proceso, no fue continua, sino regida por distintos contratos de trabajo hora cátedra, y con una intensidad horaria inferior al medio tiempo, no encuentra la Corte ajustada a la ley, la condena dispuesta por el tribunal al no existir norma que la respalde.

En principio, la obligación de afiliar y cotizar a la seguridad social en el caso de los trabajadores dependientes, surge precisamente de la existencia de esa relación subordinada, y opera mientras ella dure.

En el caso de los docentes vinculados a instituciones privadas de educación superior, estima la Sala que cuando presten sus servicios mediante contrato de trabajo por hora cátedra y **su intensidad horaria sea inferior a la de un profesor de medio tiempo**, no resulta razonable ni proporcional imponer la carga patrimonial al empleador de cotizar por el periodo calendario, siendo lógico que cubra las obligaciones frente a la seguridad social, por el tiempo de vigencia de la relación laboral, es decir, por el periodo efectivamente laborado y de acuerdo con la remuneración percibida, y sobre esas bases se deben cuantificar los aportes, o como en el sub examine, el cálculo actuarial.

Esto es así, porque en los eventos de profesores hora cátedra, vinculados con contrato de trabajo con una baja intensidad horaria, implica disponibilidad del docente para el ejercicio de otras actividades laborales al servicio de otros empleadores o de manera independiente.

La Corte Constitucional en la sentencia CC C-517/99 cuando declaró parcialmente inexecutable el artículo 106 de la Ley 30 de 1992, por la cual se organizó el servicio público de la Educación Superior, puntualizó que los docentes hora cátedra que se entienden vinculados por contrato de trabajo, tienen derecho a percibir las prestaciones sociales y derechos laborales reconocidos por la ley, en forma proporcional al tiempo laborado.

4.- Para la Corte, el Tribunal en el sub lite incurrió en un yerro jurídico, porque condenó a la Universidad empleadora, en favor de la demandante, a la emisión de un título correspondiente al cálculo actuarial de los lapsos que van desde el 12 de febrero de 1979 al 31 de diciembre de 1982, y del 1º de enero al 10 de septiembre de 1984, desde el 21 de julio al 9 de agosto de 1990 y del 1º de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1995, por periodos calendario, «sin importar la intensidad horaria de su labor». Esto, no obstante estar demostrado que la labor no fue continua, y que su vinculación se dio mediante varios contratos de trabajo hora cátedra y con una intensidad inferior al medio tiempo. Así las cosas, se imponía al juzgador precisar la vigencia de cada uno de los contratos y la remuneración realmente percibida, para de esa manera realizar el cálculo actuarial, de

forma proporcional, y de acuerdo con el periodo académico efectivamente laborado; como no lo hizo de esa manera, la decisión debe ser quebrantada.

No puede olvidarse que la ley faculta a las instituciones privadas de educación superior, la contratación de docentes por hora cátedra y por periodos académicos. La Ley 30 de 1992, preceptúa en el artículo 106:

Artículo 106. Las instituciones privadas de educación superior podrán vincular profesores por horas cuando su carga docente sea inferior a la de un profesor de medio tiempo en la misma universidad, bien sea mediante contratos de trabajo o mediante contratos de servicios, según los periodos del calendario académico, y su remuneración en cuanto a honorarios se refiere, corresponderá a lo pactado por las partes; pero que en ningún caso podrá ser inferior al valor de cómputo hora resultante del valor total de ocho (8) salarios mínimos dividido por el número de horas laborables mes. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia CC C517/99.

Si bien esta norma es posterior a los periodos contractuales que aquí interesan, es un parámetro válido en el rasero de proporcionalidad y razonabilidad al cual se acude, por tratarse de una carga patrimonial adicional de los empleadores de docentes.

La equivocación de la sentencia resultó trascendente, máxime que las pruebas en que se apoyó el fallador y cuyo contenido expresamente admitió, y que la Corte debe analizar en instancia, dan cuenta de que la actora no ejerció su labor en forma continua, sino que estuvo vinculada por contratos de trabajo «por la duración de una labor determinada y concreta, en calidad de Profesora de Cátedra». En los periodos académicos de los años 1979, 1980 y 1981 prestó servicios hora cátedra por 16 horas semanales, sin superar las 240 horas semestrales. En el primer periodo de 1982 prestó 20 horas semanales y 300 semestrales. En el primer periodo de 1984, 8 horas semanales y 120 semestrales. En el segundo periodo de 1984, trabajó 8 horas semanales y 90 semestrales.

Cabe aquí recordar que esta Corporación en la sentencia CSJ SL646 de 2013, señaló que:

La falta de afiliación o la afiliación tardía del trabajador al sistema general de pensiones, para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte, no acarrea rigurosa e inexorablemente a cargo del empleador remiso el pago de la prestación que hubiere otorgado dicho sistema en el evento de haberse cumplido con la obligación de inscribirlo. (sic) lo anterior porque, a no dudarlo, existen eventos en los cuales el empleador debe reparar el perjuicio de una forma diferente al de asumir directa y exclusivamente la pensión o, incluso, hay situaciones en donde al empleador no le corresponda adjudicarse ninguna carga económica.

En el sub examine el Tribunal impuso a la Universidad Jorge Tadeo Lozano el pago del cálculo actuarial, porque juzgó era lo procedente en este caso, lo cual como se indicó al inicio de estas consideraciones, no fue discutido en el recurso, y de todas maneras ha sido avalado por la Corte, incluso en la sentencia CSJ SL646 de 2013, recién citada, cuando afirmó:

El párrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el 33 de la Ley 100 de 1993, dispone:

'(...) Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

(...) d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional'.

En reciente decisión del pasado 20 de marzo, radicación 42.398, la Sala, en línea de doctrina, señaló que dado que la prestación, bajo estudio, no se causó antes de la Ley 100 de 1993, su expectativa de pensión está regulada por esta disposición y sus modificaciones.

Por tanto, se dijo, que la consecuencia para el empleador omiso de afiliar a sus trabajadores o, en caso de una afiliación tardía, a la luz del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no es otra que pagar el capital correspondiente al tiempo dejado de cotizar necesario para financiar la pensión por vejez, establecido desde la vigencia del precitado artículo 6° del Acuerdo 189 de 1965, aprobado por el Decreto 1824 del mismo año. Entonces, debe responder con el traslado a la entidad pensional del valor del cálculo actuarial liquidado en la forma indicada por el Decreto 1887 de 1994 a satisfacción de la entidad que recibe, como quedó atrás dicho.

Sin embargo, en virtud del principio de proporcionalidad, en los eventos de los docentes vinculados hora cátedra cuando su carga laboral sea inferior a la de un profesor de medio tiempo, por las razones ya expuestas, los parámetros para realizar ese cálculo deben estar acordes con la forma en que en la realidad se llevó a cabo la contratación laboral, los términos en que tuvo vigencia y la remuneración percibida.

Por lo dicho, prospera el cargo.

IX.

CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de violar por vía indirecta por aplicación indebida el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; artículos 1, 13, 15, 17, 18, 19, 20, 22, 24, 31, 32, 33 y 36 de la Ley 100 de 1993; artículo 106 de la Ley 30 de 1992.

Asevera que las anteriores violaciones se dieron a causa de los siguientes errores de hecho:

1. No dar por demostrado, estándolo, que la Universidad Jorge Tadeo Lozano, en el año de 1995, realizó las cotizaciones de la señora Rose Nelly Baud correspondientes al sub-sistema de pensiones administrado por el ISS.
2. Dar por probado, contra la evidencia, que la Universidad Jorge Tadeo Lozano, no cotizó al sub-sistema de pensiones en el año de 1995, los aportes correspondientes a la señora Rose Nelly Baud.
3. No dar por demostrado, estándolo, que en el año de 1995, la Universidad Jorge

Tadeo Lozano, en lo correspondiente a los aportes de la demandante, cumplió sus obligaciones para con el sistema de seguridad social.

4. Dar por demostrado, contra la evidencia, que para los dos periodos de 1994, la demandante tenía contrato laboral con la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

5. No dar por demostrado, estándolo, que los dos periodos de 1994, estuvieron regulados mediante contrato de prestación de servicios.

Asegura que los anteriores yerros se presentaron por la errónea valoración de las siguientes pruebas:

1. Relación de novedades de afiliación y cotizaciones al ISS (folios 23, 24, 25, 26, 27 y 28 del Cuaderno principal).
2. Autoliquidación de aportes al ISS correspondiente a enero de 1995, junto con la planilla de relación de trabajadores por los cuales se cotizó (folios 129 y 130, repetido a folios 186 y 187).
3. Autoliquidación de aportes al ISS correspondiente a febrero de 1995, junto con la planilla de relación de trabajadores por los cuales se cotizó (folios 131 y 132, repetido a folios 188 y 189).
4. Autoliquidación de aportes al ISS correspondiente a marzo de 1995, junto con la planilla de relación de trabajadores por los cuales se cotizó (folios 133 y 134, repetido a folios 190 y 191).
5. Autoliquidación de aportes al ISS correspondiente a abril de 1995, junto con la planilla de relación de trabajadores por los cuales se cotizó (folios 135 y 136, repetido a folios 192 y 193).
6. Autoliquidación de aportes al ISS correspondiente a mayo de 1995, junto con la planilla de relación de trabajadores por los cuales se cotizó (folios 137 y 138, repetido a folios 194 y 195).
7. Autoliquidación de aportes al ISS correspondiente a julio de 1995, junto con la planilla de relación de trabajadores por los cuales se cotizó (folios 139 y 140, repetido a folios 196 y 197).
8. Autoliquidación de aportes al ISS correspondiente a agosto de 1995, junto con la planilla de relación de trabajadores por los cuales se cotizó (folios 141 y 142, repetido a folios 198 y 199).
9. Autoliquidación de aportes al ISS correspondiente a septiembre de 1995, junto con la planilla de relación de trabajadores por los cuales se cotizó (folios 143 y 144, repetido a folios 200 y 201).
10. Autoliquidación de aportes al ISS correspondiente a octubre de 1995, junto con la planilla de relación de trabajadores por los cuales se cotizó (folios 145 y 146, repetido a folios 202 y 203).
11. Autoliquidación de aportes al ISS correspondiente a noviembre de 1995, junto

con la planilla de relación de trabajadores por los cuales se cotizó (folios 147 y 148, repetido a folios 204 y 205).

12. Certificado obrante de folios 32 a 39. VI

DEMOSTRACIÓN:

Señala que acepta la prestación del servicio por parte de la demandante en el primer y segundo periodo de 1995, pero reprocha que el Tribunal concluyera que en esta data existió omisión en la cotización a pensiones; alega que el juzgador valoró las planillas obrantes a f.º129 a 148, pero pasó por alto que en dichas documentales constaban los aportes realizados en 1995.

Asegura que el ad quem incurrió en un error evidente al estimar que en el año de 1995 no se cumplieron con los aportes de la señora Rose Nelly Baud, pues de las planillas de autoliquidación de aportes al ISS se apreciaba que existió cotización por los dos periodos de esta anualidad, esto es, para los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre.

A reglón seguido, esgrime que el Tribunal valoró de manera equivocada las novedades de afiliación y cotizaciones en pensiones al ISS (f.º23 a 28), pues asegura que:

[...] el que allí no figuren las cotizaciones a pensiones por el periodo de 1995, ello de ninguna manera puede interpretarse como ausencia de cotización, ya que en todas las planillas de liquidación de aportes debidamente selladas y recibidas con pago por el banco, se aprecia que en el año de 1995, sí se efectuaron los aportes a pensiones.

Finalmente, señala que el juzgador de segunda instancia no tuvo en cuenta que en los dos periodos de 1994 la demandante tenía contrato de prestación de servicios; discute que en la constancia de f.º38 se encontraba que la actora tuvo para esta fecha un vínculo de prestación de servicios y no un contrato laboral, y por esto, el Tribunal no podía establecer el nexo laboral en este periodo, y tampoco exigir cotización para la misma data.

X.

RÉPLICA

La demandante opositora asegura que el recurrente se equivoca al atacar la sentencia del Tribunal por la vía indirecta y acusar la violación de normas por aplicación indebida, y hacer la sustentación con argumentos jurídicos, pues son «conceptos incompatibles».

Agrega que el Tribunal no violó disposición legal alguna, porque las pruebas obrantes en el expediente lo llevaron al convencimiento de que la Universidad demandada no cumplió con las obligaciones de afiliación y cotización a la seguridad social. Asevera que las certificaciones militantes en el proceso, dan respaldo a la decisión de la sentencia gravada sobre la vinculación en el año de 1994.

XI.

CONSIDERACIONES

Le corresponde a la Sala determinar si el Tribunal erró al estimar: i) que la

universidad no realizó las cotizaciones de la señora Rose Nelly Baud para el primer y segundo periodo de 1995; y ii) que la demandante tenía un contrato de trabajo para el año de 1994.

En relación con el primer punto, aduce la recurrente que el juzgador apreció equivocadamente las planillas de autoliquidación obrantes a f.º 129 a 148, pues asegura que estas documentales acreditan los aportes que realizó la demandada para el año de 1995, donde incluyó a la demandante.

De igual forma, argumenta que el Ad quem valoró erróneamente las copias de la relación de novedades de afiliación y cotización en pensiones al Instituto de Seguros Sociales militantes a f.º 23 a 28; señala que no se puede interpretar como ausencia de cotización el hecho de que en los referidos documentos no figuren las cotizaciones a pensiones por el periodo de 1995, en razón a que en todas las planillas de liquidación de aportes se aprecia que sí se hicieron los aportes a pensión.

Pues bien, frente a los reproches endilgados cabe destacar que el Ad quem se equivocó, pues en las planillas de autoliquidación de f.º 129 a 148 aparece que la demandada cotizó por la actora durante el año de 1995, salvo en el mes de junio. Es evidente que el empleador no tiene otra forma de demostrar que hizo el pago de los aportes a la seguridad social, sino con la autoliquidación que contenga el sello del Banco, en la época en que estaba previsto que se cubrieran la obligaciones de esa manera. Adicionalmente, las partes no cuestionaron dichos documentos ni los tacharon de falsos.

Así las cosas, el empleador no puede sufrir las consecuencias de la desorganización documental de la administradora de pensiones.

Y en el evento en que dichas cotizaciones no se hubieran incluido en el balance de aportes de la actora, por no haber realizado la empleadora la novedad de ingreso por los contratos de trabajo celebrados en ese año, debe recordarse que en esas condiciones dichos aportes no pierden validez, en cuanto de conformidad con el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, la afiliación al sistema es permanente y no se pierde por haber dejado de cotizar uno o varios periodos, sino que se pasa a la categoría de inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.

El segundo aspecto planteado por la censura en esta acusación, alude a que el Tribunal valoró de manera equivocada la certificación expedida por el Director de Recursos Humanos de la Universidad convocada a proceso (f.º 32 a 39), pues para el año de 1994 la demandante estaba vinculada mediante un contrato de prestación de servicios, por lo que no le eran exigibles las cotizaciones en este periodo.

Revisado por la Sala ese medio de convicción, se advierte que, en efecto, en la certificación expedida por el Director del Departamento de Recursos Humanos de la Universidad, se señala que la demandante estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios en el primer y segundo periodos de 1994, por lo que resulta ostensible la equivocación de la sentencia al estimar que en esos lapsos

hubo vínculo laboral, circunstancia que lo llevó a concluir erróneamente sobre la obligación de cotizar por parte de la llamada a proceso.

Se impone precisar que en esas circunstancias, para el año 1994 la actora no tenía la obligación de cotizar al sistema general de pensiones, pues para dicha data no había entrado en vigencia la Ley 789 de 2003, la cual en su artículo 4° consagró que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios debían «efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen».

De igual forma, para la época mencionada aún existía la posibilidad para las instituciones privadas de educación superior, de que los profesores hora catedra **cuando su carga docente fuera inferior a la de un profesor de medio tiempo, se vincularan** mediante contratos de prestación de servicios, en razón a que la declaración de inexequibilidad de las expresiones «o mediante contratos de servicios» y «en cuanto a honorarios se refiere» contenidas en el artículo 106 de la Ley 30 de 1992, se surtió mediante **sentencia CC C517/99, como ya se anotó.**

En el anterior contexto, esta acusación es igualmente próspera.

Así las cosas, el fallo del Tribunal será casado en su integridad.

Sin costas en el recurso extraordinario, dada la prosperidad de los cargos.

Para mejor proveer en instancia, se ordena que por Secretaría se oficie a la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, a fin de que en el término de diez (10) días contados a partir del recibo de la respectiva comunicación, certifique los extremos de los contratos de trabajo celebrados entre el 12 de febrero de 1979 al 31 de diciembre de 1982; en los años de 1984 y 1990, y el salario devengado en esos periodos por la docente Rose Nelly Baud Bersier, identificaba con cédula de Extranjería n° 146.629 de Bogotá.

Igualmente, oficiase a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., para que en el término de diez (10) días contados a partir del recibo de la respectiva comunicación, envíe copia de la sentencia dictada en el Expediente n° 971021309 A, en el proceso seguido por Rose Nelly Baud Bersier contra la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

Documental que la Secretaría pondrá a disposición de las partes por el término de tres (3) días a partir de la fecha de su recibo. Cumplido lo anterior, pasará el expediente al Despacho para dictar el respectivo fallo.

XII.

DECISIÓN

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 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el dieciséis (16) de abril de dos mil diez (2010), dentro del proceso ordinario laboral adelantado por ROSE NELLY BAUD contra la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO, y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en liquidación, hoy sustituido procesalmente por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Para mejor proveer en instancia, por Secretaría oficiase a la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., en la forma indicada en la parte motiva.

Sin costas en casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y vuelva el expediente para dictar fallo de instancia.

FERNANDO CASTILLO CADENA

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

2



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

