

Radicación n.º 45859

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

SL932-2018

Radicación n.º 45859

Acta 09

Bogotá, D. C., catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por JAIME SIMÓN MORA LEMA, contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2010, por la Sala de Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso ordinario laboral que instauró contra SHELL COLOMBIA S.A.

ANTECEDENTES

Jaime Simón Mora Lema, demandó en proceso ordinario laboral a Shell Colombia S.A., con el fin de que se declare: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que terminó por la renuncia del demandante; ii) que la demandada debe pagar su pensión de vejez, a partir del día 17 de enero de 2004, la cual asciende a la suma de \$4.606.000,00, por cuanto no descontó ni abonó al Instituto de Seguros Sociales las cotizaciones por el período comprendido entre el 1º de mayo de 1981 y el 30 de enero de 1984; iii) que la empresa le adeuda la suma de \$64.484.000,00, por concepto de mesadas pensionales, desde el 17 de enero al 30 de diciembre de 2004, incluidas las de junio a diciembre; iv) que la mesada mensual devengada por el demandante en el año 2004, «debe ajustarse para el nuevo porcentaje de salarios mínimos establecidos por ley, para la pensión del año 2005, procediendo a hacer los reajustes respectivos y así año tras año»; v) que tiene derecho al pago de intereses moratorios, desde que se causó el derecho a la pensión y hasta que se cancelen las mesadas atrasadas; vi) que la enjuiciada debe indexar y actualizar el pago de la pensión de vejez desde el momento en que adquirió el derecho a disfrutarla y a cancelar las costas del proceso.

En apoyo de tales pedimentos, expuso que inició labores con la empresa demandada desde el 1º de febrero de 1973, en el cargo de ingeniero, a través de un contrato de trabajo escrito a término indefinido en la ciudad de Cali; que el día 27 de abril de 1981, lo trasladaron al vecino país de Ecuador a la Compañía Ecuatoriana de Lubricantes S.A. «CELSA», labor que desempeñó en ese lugar hasta el 31 de enero de 1984, fecha en que se desvinculó de la empresa aquí demandada; que mediante comunicación del 22 de abril de 1981, con el Gerente de Personal de la empresa Shell Colombia S.A., se fijaron unas pautas generales bajo las cuales la Empresa Ecuatoriana le brindaría unas condiciones de empleo en ese país, y una de ellas era que el tiempo de licencia que permanecería allí, no se descontaría en Colombia para los efectos de jubilación.

Sostuvo que una vez se retiró de esa empresa, continuó laborando con otras hasta llegar a la edad de 60 años, fecha en que solicitó al Instituto de Seguros Sociales los aportes de sus semanas cotizadas para entrar a disfrutar de la pensión de vejez; que la prestación le fue negada por dicha

entidad de seguridad social al no tener el número de semanas requerido, pues solo contaba con 932 en toda su vida laboral y 337 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad; que al revisar la historia laboral, observó con sorpresa que la empresa demandada reportó al ISS, que se encontraba en licencia durante el tiempo que permaneció laborando en el vecino país.

Afirmó, que debido a que había acordado con la empresa demandada que el tiempo que permaneció en Ecuador, se tendría en cuenta para sus cotizaciones de pensión, esta solicitó al ISS el cálculo actuarial para validación de dicho tiempo, ante lo cual la entidad de seguridad social contestó que no se configuraba la omisión consagrada en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por cuanto en la historia laboral aparecía registrado que se encontraba en licencia, no presentándose desafiliación del trabajador de ese Instituto, «para que se aprobara la validación que por omisión no se hubiere desafiliado el trabajador por parte del empleador».

Señaló que como la empresa demandada no cotizó durante el periodo comprendido entre el 27 de abril de 1981 y el 31 de enero de 1984, le corresponde cancelar su pensión de vejez, desde el 17 de enero de 2004, data en que cumplió los 60 años, con los cálculos actuariales que existían en esa época, trayéndolos a valor presente; es decir, que debe cancelar la suma de \$4.606.000,00, mensuales con sus ajustes y los intereses moratorios.

El apoderado judicial de SHELL COLOMBIA S.A. al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó, que el demandante inició labores con la empresa desde el 1 de febrero de 1973, en el cargo de ingeniero, a través de un contrato de trabajo a término indefinido en la ciudad de Cali; que el día 27 de abril de 1981, lo trasladó por 2 años a la Compañía Ecuatoriana de Lubricantes S.A. «CELSA», labor que desempeñó en el vecino país de Ecuador hasta el 31 de enero de 1984, cuando se desvinculó de la demandada; respecto de los demás dijo no ser ciertos, que se debían demostrar o que no eran hechos. Propuso como excepciones de fondo la de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, buena fe, transacción, compensación, pago y la innominada o genérica.

En su defensa manifestó, en síntesis, que el contrato de trabajo estuvo suspendido entre el 27 de abril de 1981 y el 31 de enero de 1984, al concedérsele al demandante una licencia no remunerada, situación de la cual se le notificó oportunamente al ISS, y por ende, no existía obligación alguna de cotizar durante el término de la suspensión por los riesgos de vejez, invalidez y muerte. Agregó, que el compromiso adquirido por la sociedad SHELL COLOMBIA S.A., mediante escrito de fecha 22 de abril de 1981, tal y como consta en el literal b) del numeral 2, se concretó únicamente a reconocer el tiempo de la licencia no remunerada para efectos del pago de una pensión de jubilación, si eventualmente esta llegare a causarse a su favor y a cargo de la empresa, es decir que la sociedad demandada únicamente aceptó tomar en cuenta el lapso de la suspensión del contrato, solo para la eventualidad de que en forma directa tuviera que asumir el pago de una pensión de jubilación, pero ello no conllevaba la obligación de tener que pagar los aportes al ISS, ni a tener que reconocer una prestación que ha sido asumida por los entes encargados de administrar la Seguridad Social Integral, dentro del Sistema General de Pensiones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante proveído del 19 de diciembre de 2008, el Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación

formulada por la demandada. Absolvió a Shell Colombia S.A. de todos los cargos formulados en su contra y condenó en costas a la parte vencida en juicio.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante fallo del 17 de febrero de 2010, decidió confirmar la sentencia recurrida e impuso costas a cargo de la parte apelante.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró, luego de analizar la prueba documental, que la misma es clara y contundente respecto a que, en efecto, al actor le fue concedida licencia no remunerada desde el 27 de abril de 1981 hasta el 31 de enero de 1984, y que no existe ningún soporte de la afirmación del demandante, en cuanto a que CELSA S.A. y SHELL COLOMBIA S.A. tienen algún tipo de vínculo; con relación a la prueba testimonial advierte, que no permite desvirtuar la conclusión a que se llega en virtud de la prueba documental, debido a la vaguedad y falta de precisión de los testigos; que por tanto bajo esas circunstancias, puede afirmarse que existió una licencia no remunerada.

Señaló que el accionante argumentó, que la entidad demandada se comprometió a continuar sufragando los aportes a seguridad, y que dicho compromiso quedó plasmado en la carta del 22 de abril de 1981, a través de la cual se establecieron las condiciones en que se concedía la licencia sin remuneración; agregó que:

[...] la referida misiva en la parte pertinente expresa:

b. No obstante lo que se acaba de decir, no descontaremos el tiempo de duración de la licencia, a que se refiere el punto anterior para los efectos de su pensión de jubilación, si eventualmente ésta llegare a causarse a su favor y a cargo de esta Empresa, de acuerdo con la ley colombiana, ni de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa por parte de la Empresa, si fuere el caso

Del tenor literal del texto transcrito no se vislumbra que la entidad accionada haya asumido el pago de la seguridad social durante la vigencia de la licencia temporal, época durante la cual, fueron precisas las partes al establecer que se suspendía el contrato, lo que conllevó a que el actor no prestó sus servicios y por tanto no recibió remuneración alguna por parte de Shell. Es claro el texto transcrito al indicar que en caso de una eventual pensión de jubilación a su cargo tendría en cuenta el tiempo que duró la licencia concedida, pero para nada se hace alusión a la pensión de vejez, que es una prestación económica totalmente distinta.

Enseguida, procedió analizar los efectos que generó la licencia no remunerada en el contrato de trabajo que existió entre las partes, y si la entidad empleadora tenía o no la obligación de pagar aportes a la seguridad social en pensiones, de conformidad a la normatividad constitucional y legal vigente al momento de los hechos, para lo cual estableció, que para los años 1981 a 1984, y ahora, la licencia conlleva la suspensión temporal del contrato de trabajo según lo dispone el artículo 51 del Código Sustantivo de Trabajo, y durante ese periodo interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio y para el patrono el pago de salarios, quedando a su cargo las obligaciones que corresponden por muerte o enfermedad de los trabajadores, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 53 de la misma norma.

Razonó expresando, que en lo atinente con el pago de la seguridad social en pensiones, el Decreto 1824 de 1965, que aprobó el Acuerdo 189 del mismo año, norma vigente para la época

en que se desarrolló la licencia concedida al accionante, establecía en su artículo 16, que las cotizaciones se causan en el caso de las licencias o permisos remunerados, situación totalmente disímil a la del actor que disfrutó de una licencia sin remuneración; que del examen de las normas referidas se deduce, que no es posible radicar en cabeza del demandado la obligación legal de cotizar para cubrir la prestación pensional del demandante en el caso y que tampoco puede inferirse tal obligación del acuerdo o convenio traído a colación por el recurrente.

Estableció que en razón a que uno de los pilares normativos de la decisión que aquí se toma, es el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, que contiene los efectos que conlleva la suspensión del contrato de trabajo, habrá que decir que tal norma, tenía para la época en la que supuestamente debieron hacerse las cotizaciones discutidas, como lo tiene ahora, plena vigencia aunque su exequibilidad haya sido parcialmente condicionada.

Indicó que el artículo 53 del CST, fue declarado exequible a través de la sentencia C-1369 de 2000, en la cual la Corte Constitucional expresó, que durante la suspensión del contrato de trabajo, en razón de una huelga, el empleador seguía obligado a sufragar en su totalidad los aportes al sistema de seguridad social integral; que sin embargo, esta providencia no es aplicable al caso, porque su estudio de constitucionalidad se hizo bajo el amparo de la Carta Política de 1991, la cual no estaba vigente para la época de los hechos y en ella se analizó exclusivamente la suspensión del contrato como efecto de la huelga, sin abarcar todas las causales de suspensión que consagra el artículo 51 del CST; que bajo esas circunstancias, no existía para la entidad empleadora una obligación contractual ni legal de aportar al sistema de pensiones a favor del actor, puesto que el régimen al cual se encontraba afiliado, limitó la cancelación de aportes a las licencias y permisos no remunerados.

Por último, advirtió que la licencia estuvo vigente durante 994 días, equivalentes solo a 142 semanas y no a las 163 que le hacen falta al actor para alcanzar el requisito de 500 semanas durante los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de la edad, ya que cuenta con sólo 337 cotizadas en ese intervalo.

RECURSO DE CASACIÓN

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

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case totalmente la sentencia impugnada, para que una vez constituida en sede de instancia, revoque la de primer grado y, en su lugar, acceda a todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante, proveyendo sobre costas, como corresponda.

Con tal propósito formula dos cargos que fueron objeto de réplica, los cuales se estudiarán a continuación.

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía indirecta y en la modalidad de aplicación indebida «de los artículos 51 y 53 del CST, en relación con los artículos 8 y 16 del Acuerdo 189 de 1965 aprobado por el decreto 1824 del año; 85, 86 y 87 del acuerdo 044 de 1989, aprobado por el decreto 3063 del mismo año; 12 del decreto 2665 de 1988; 33 de la ley 100 de 1993,

modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003».

Relacionó como errores de hecho, los siguientes:

1. No dar por demostrado, estándolo que Shell Colombia S.A., durante la licencia no remunerada del señor Jaime Simón Mora Lema, desde del 27 de abril de 1981 al 31 de enero de 1984, estaba obligada a efectuar los aportes para pensiones al ISS, pues así quedó plasmado en el documento suscrito el 22 de abril de 1981.
2. No dar por demostrado, estándolo, que es la propia Shell Colombia S.A. la que reconoce y acepta no haber efectuado los aportes correspondientes al periodo comprendido entre el 27 de abril de 1981 y el 31 de enero de 1984, tanto así que para corregir dicha omisión, le solicitó al ISS, le informe el valor que se debe por tal periodo.

Asegura que tal violación se dio a causa de no haber valorado correctamente tanto la documental que aparece a folios 10 a 13, la que se repite a folios 80 a 83, como el escrito de apelación que descansa a folios 269 a 271 del cuaderno n.º 1; y por no haber valorado la documental que aparece a folio 18 del mismo cuaderno.

Para la demostración del cargo, adujo que como lo señala el Tribunal, el objeto del litigio tiene dos aristas: la primera establecer si existió una licencia no remunerada entre el 27 de abril de 1981 y el 31 de enero de 1984, tiempo durante el cual el señor Mora Lema prestó sus servicios a la Compañía Ecuatoriana de Lubricantes S.A. "CELSA", tópico éste que no encontró mayor resistencia, en tanto, luego del análisis probatorio, así lo dio por demostrado el fallador de segundo grado y sobre lo cual hoy no existe controversia alguna.

El segundo componente y que en realidad genera la inconformidad con la decisión atacada, es establecer si durante dicha licencia persistió o no la obligación de efectuar las cotizaciones al sistema pensional, y en caso afirmativo las consecuencias jurídicas de no haberse efectuado los mismos, a lo cual el fallador de segunda instancia respondió que no había obligación alguna al respecto, y por tanto absolvió a Shell Colombia S.A., de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el señor Mora Lema, lo cual resulta equivocado, por cuanto salta a la vista que la demandada, durante el periodo que duró la licencia no remunerada, se obligó a efectuar tales cotizaciones; pues a folio 10 a 13, la que se repite a folios 80 a 83, aparece la comunicación fechada 22 de abril de 1981, mediante la cual el gerente de personal y administración Shell Colombia S.A. le informa:

b. No obstante lo que se acaba de decir, no descontaremos el tiempo de duración de la licencia, a que se refiere el punto anterior, para los efectos de su pensión de jubilación, si eventualmente ésta llegare a causarse a su favor y a cargo de esta Empresa, de acuerdo con la Ley colombiana, no de las indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa por parte de la Empresa si fuere el caso.

Luego de transcribir la conclusión a la que llegó el Tribunal respecto del análisis de dicho documento, aseguró que en principio, es razonable, pues así se diga que es claro en señalar que la empresa se comprometió a efectuar los aportes para pensiones «...de acuerdo con la Ley Colombiana...», no había un error evidente de hecho capaz de conducir al quebranto de la decisión atacada, en tanto las dos interpretaciones aparecen como serias y ponderadas.

No obstante, adujo que la conclusión a la que arribó el ad quem es muy frágil, en tanto se

desmorona con lo expresado en la documental que aparece a folio 18 del cuaderno No. 1., no tomada en cuenta por el Tribunal, pues el tenor literal de ese documento, permite vislumbrar con absoluta claridad, que la compañía demandada reconoce que no efectuó los aportes durante la licencia que gozó el trabajador entre el 27 de abril de 1981 y el 31 de enero de 1984, tanto así que claramente le solicita al ISS., lo siguiente: «...Por medio de la presente solicitamos muy amablemente se nos informe el valor que debe pagar Shell Colombia S.A. con nit. 860.002.190-0 y patronal 01008210832 al Seguro Social por los aportes que se dejaron de hacer al ex empleado que relacionamos a continuación...», y que si es la propia empresa demandada la que acepta y reconoce que no efectuó tales aportes, fue porque el querer plasmado en la misiva del 22 de abril de 1981, estuvo encaminado a efectuarle los aportes durante el periodo que estuvo gozando de la licencia no remunerada.

Alegó, que si el Tribunal hubiese valorado la documental que aparece a folio 18, hecho que por cierto se le puso de presente en la apelación, no habría la menor duda que tendría que haber concluido con suma facilidad, que la empresa Shell Colombia S.A., estaba obligada a efectuar los aportes para pensión durante el tiempo que duró la licencia no remunerada.

Advirtió, que aunque las anteriores pruebas calificadas son suficientes para demostrar cada uno de los yerros enrostrados al Tribunal, considera pertinente adentrarse en las testimoniales vertidas al proceso, especialmente la rendida por el señor Francisco Diez Vergara, cuya declaración, contrario a lo concluido por el Tribunal, en lo absoluto puede considerarse como vaga o con falta de precisión, en tanto fue él, quien en enero de 1984, reemplazó al actor en la Compañía Ecuatoriana de Lubricantes S.A., "CELSA", el cual sobre los hechos debatidos en el presente asunto, claramente manifestó lo siguiente: «PREGUNTADO. Dígame al Despacho si usted se acuerda cómo se pactaron los descuentos especialmente de pensión al Instituto de los Seguros Sociales cuando se encontraba laborando en CELSA del Ecuador. CONTESTO. SHELL COLOMBIA pagaba directamente en Colombia los aportes a pensión y seguro social y parafiscalidad en Colombia, nosotros recibíamos el salario mensual por transferencia de Colombia al Ecuador».

Agregó que la anterior declaración, es de vital importancia, no solo porque quien la rinde, es una persona que para la época conoció directamente el modus operandi de la empresa, sino porque aclara la razón por la cual la empresa en la misiva del 22 de abril de 1981, le manifestó al actor que el tiempo durante el cual permaneciera en CELSA, no se le descontaría para efectos pensionales, pues se obligaba a pagar los aportes conforme a la ley Colombiana, ya que como lo dijo el declarante, Shell Colombia pagaba directamente en Colombia los aportes a pensión, que fue lo que no entendió el fallador de segundo grado.

LA RÉPLICA

La apoderada de Shell Colombia S.A. señaló, que se acusa la sentencia por la vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida y se atribuyen al ad quem errores de hecho, pero se olvida mencionar que dichos yerros deben ser manifiestos como lo exige la ley; que en una posición ambigua, el recurrente acepta la primera de las dos facetas en las que el Tribunal descompone su sentencia, relacionada con la existencia de una licencia no remunerada, cuando para la parte demandante constituía un traslado y la vigencia íntegra del contrato durante mucho tiempo.

Mencionó que el ataque del casacionista, versa sobre la primera faceta en la que el Tribunal analizó la existencia del permiso no remunerado, desconocido por el actor, y la obligación de

cotizar para la demandada, durante dicho permiso no remunerado.

Aseveró que para el ad quem, no existe obligación legal ni extralegal de cotizar en permiso o licencia no remunerada, y luego de transcribir la conclusión a la que arribó el juzgador de segundo grado sobre el tema, dijo que el recurrente comete un error descomunal, al manifestar que tal conclusión no constituye un yerro evidente de hecho capaz de conducir al quebranto de la decisión atacada, pues deja incólume la absolución que con base en ella se deprecó, sin que de nada sirva que la llame frágil después de haberle dado validez.

Aludió, que el hecho de que la empresa 20 años después de la fecha en que terminó el contrato, haya elevado la solicitud que aparece en el folio 18, no obedece como equivocadamente lo afirma el recurrente a que haya aceptado alguna culpabilidad o negligencia en no haber efectuado los aportes, y que con ello deba darse un sentido distinto al deducido por el ad quem, con referencia al documento del 22 de abril de 1981, porque, en primer término, la empresa desde la época de la licencia había aceptado que no hizo las cotizaciones como aparece referenciado en la relación de novedades registradas a folios 24 y 25, lo que demuestra, además, que no las realizó porque el ISS no se lo permitió; pues conocedora la entidad de seguridad social de tal situación, si hubiera existido la obligación, así lo hubiera requerido. En segundo lugar, porque la petición no obedeció como lo cree el recurrente, a un acto de arrepentimiento de la demandada, sino como consecuencia de la solicitud elevada por el propio demandante, el 15 de septiembre de 2003.

Explicó que lo que no menciona el demandante en el cargo, para dejar en firme la documental de folio 18 que cita como no apreciada, es que la misma obtuvo una respuesta del ISS, en la que no acepta la petición de la empresa, con lo que queda desvirtuada la equivocada apreciación que el recurrente hace de ese documento, que no tiene por si solo ni con relación al acuerdo efectuado por las partes el 22 de abril de 1981, la virtud de desquiciar la sentencia acusada, porque el no haberlo analizado el ad quem no demuestra que cometió ningún error manifiesto.

Aseguró que la declaración de Francisco Díaz Vergara, no cumple con el requisito legal para ser analizada en casación, pero tampoco es creíble, pues el deponente hace en principio afirmaciones con base en su caso, pero finalmente admite, después de persistente insistencia, que el asunto del actor no fue el mismo que el del testigo, porque nunca suscribió el acuerdo que si firmó el demandante, que por lo expuesto no existe un error manifiesto que desvirtué la presunción de legalidad que le asiste al fallo acusado.

Más adelante expuso, lo que denominó como razones de fondo, para lo cual señaló, que las reglas vigentes para ese momento no permitían la cotización cuando el contrato estuviera suspendido por razón de un permiso no remunerado, pues si hubiera tenido la obligación de cotizar en tales circunstancias, el ISS conocedor de esta situación, hubiera exigido de la empresa las cotizaciones y no lo hizo, porque tal obligación existía para los permisos remunerados y las vacaciones, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 1824 de 1965.

Finalmente, consideró que el recurrente olvidó atacar un aspecto sobre el que igualmente el ad quem soporta su decisión absolutoria, cuando señaló que: «No está de menos advertir al peticionario que la licencia estuvo vigente durante 994 días equivalente solo a 142 semanas y no a las 163 que le hacen falta al actor para alcanzar el requisito de 500 semanas durante los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de la edad ya que cuenta con solo 337 semanas cotizadas en el intervalo»; que por tanto, el cargo no puede tener éxito, porque al

recurrente le corresponde no solo derribar un argumento sino todos y cada uno de los que tuvo en consideración el Tribunal para sustentar su absolución, lo que evidentemente no ocurrió.

SEGUNDO CARGO

Acusó la sentencia impugnada de violar por la vía directa en la modalidad de interpretación errónea de los artículos 51 y 53 del CST, «en relación con los artículos 8 y 16 del Acuerdo 189 de 1965 aprobado por el decreto 1824 del año; 85, 86 y 87 del acuerdo 044 de 1989, aprobado por el decreto 3063 del mismo año; 12 del decreto 2665 de 1988; 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003».

Para sustentar el cargo, el censor planteó que como el mismo está dirigido por la vía de puro derecho, no se discuten los siguientes aspectos fácticos: (i) Extremos de la relación laboral; (ii) que entre el 27 de abril de 1981 y el 31 de enero de 1984, Shell Colombia S.A., le concedió al señor Jaime Simón Mora Lema, una licencia no remunerada a fin de que prestara sus servicios a la Compañía Ecuatoriana de Lubricantes S. A. «CELSA»; (iii) que al cumplir los 60 años de edad, hecho ocurrido el 17 de enero de 2004, había cotizado al ISS, un total de 932 semanas, de las cuales 337 fueron realizadas en los 20 años inmediatamente anteriores.

Advirtió que lo que se controvierte, es el entendimiento que le da el Tribunal tanto al artículo 51 como al 53 del CST., en tanto concluye que tales normas, en lo absoluto obligan al empleador, a cotizar para pensión cuando un trabajador está en licencia no remunerada, lo cual, en su concepto a todas luces resulta equivocado; luego de transcribir los artículos 51 y 53 del CST, concluye que estas normas son absolutamente claras en señalar, que durante los periodos de suspensión del contrato laboral, el empleador solo está facultado para descontarle al trabajador, el valor del salario por el tiempo que duró la suspensión del contrato de trabajo y la incidencia de este tiempo en la liquidación de las vacaciones, de las cesantías y de la pensión de jubilación, mas nunca dichas preceptivas expresan que el empleador queda eximido de efectuar los aportes para pensiones, como equivocadamente lo entendió el sentenciador de alzada.

Anotó que en el caso de la suspensión del contrato, el empleador no puede quedar eximido de efectuar los aportes para pensión, en tanto la suspensión del contrato de trabajo, no rompe definitivamente la relación jurídica entre las partes, lo que sí se da en la terminación, y no si no hay ruptura en dicho vínculo, fácil es concluir que las obligaciones que no fueron sacadas o mencionadas por el artículo 53 del CST, siguen en cabeza del empleador, para el caso concreto los aportes para pensión.

Expresó, que como si ello no fuera suficiente para demostrar el yerro interpretativo en el cual incurre el Tribunal, oportuno resulta señalar que no podía perder de vista que los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, sólo son aquellos taxativamente señalados en el artículo 53 ibídem, y considerando que la legislación laboral ofrece una protección especial a los derechos mínimos del trabajador, en el caso de la suspensión del contrato de trabajo y en cualquier otro, no se puede afectar a un trabajador, más de lo que expresamente permite la ley, que fue lo que no entendió el Tribunal al considerar que Shell Colombia S.A, no estaba obligada a realizar los aportes para pensión durante el tiempo que duró la licencia no remunerada.

Dijo que resulta desconcertante la posición del Tribunal, cuando afirma que no puede aplicar la línea jurisprudencial vertida en la sentencia C-1369 de 2000, en tanto según él, su estudio se hizo

en amparo de la Constitución de 1991, y además, la misma estuvo encaminada exclusivamente a la huelga como causal de suspensión; ya que tal razonar es criticable, por cuanto el artículo 53 del CST, vigente para la época de los hechos, se mantuvo incólume frente al juicio de constitucionalidad que se hace teniendo como referencia la Constitución de 1991, y si se mantuvo incólume, fue porque desde su creación, desde su génesis, desde sus orígenes, buscó siempre la protección del trabajador cuando se presentaba la suspensión del contrato de trabajo, para el caso de autos, no se dejó por fuera los aportes a pensión, los que sin la menor duda, siguieron en cabeza del empleador.

Que el otro argumento resulta más endeble, pues si la Corte Constitucional concluyó, que en casos de huelga, existe la obligación de cotizar al sistema de seguridad social, no hay motivo para que ese criterio no se aplique a las otras causales de suspensión del contrato de trabajo, y no lo hay, porque la ley no es para aplicarla de manera caprichosa o dependiendo del estado de ánimo del operador judicial, sino para hacerla efectiva cuando se dan los supuestos que ella contiene.

Finalmente, señaló que no se puede obviar que con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, el legislador ya se había ocupado del tema, baste para ello echar un vistazo no sólo al artículo 16 del Acuerdo 189 de 1965, aprobado por el Decreto 1824 de ese mismo año, sino que también al artículo 85 del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 de ese mismo año. Alcance que fue reiterado por el artículo 71 del Decreto Reglamentario 806 de 1998, que es absolutamente claro en señalar, que en los casos de suspensión del contrato, no habrá lugar al pago de aportes por parte del afiliado, pero sí lo correspondiente al empleador, para lo cual, éste deberá realizar el respectivo aporte con base al último salario reportado antes de la suspensión del contrato.

Insistió que lo anterior, es para significar que el verdadero querer del legislador laboral cuando expide el artículo 51 y 53, no fue otro diferente a que en los casos de suspensión del vínculo laboral, el empleador está obligado a efectuar los aportes para pensión, pues así se desprende no sólo del claro y expreso tenor literal de tales normas, sino también de lo explicado con lujo de detalles por la Corte Constitucional en la sentencia C- 1369 de 2000; remata indicando que las consideraciones que preceden, son suficientes para demostrar la interpretación equivocada que de los artículos 51 y 53 hizo el Tribunal.

LA RÉPLICA

Alegó que una vez aceptada la existencia de un permiso no remunerado, el Tribunal centró su decisión en consideraciones jurídicas, señalando que para esa época existía un panorama jurídico totalmente distinto al de hoy, y sobre este aspecto centró el desarrollo de la sentencia e indicó que la norma vigente para la época en que ocurrieron los hechos era el Decreto 1824 de 1965, que aprobó el Acuerdo 189 del mismo año, que establecía en su artículo 16, que las cotizaciones se causan en el caso de licencias o permisos remunerados «situación totalmente disímil a la del actor»; que este razonamiento no le merece ninguna consideración al atacante, quien no hace referencia alguna sobre la validez de esta situación, porque por simple hermenéutica jurídica, a contrario sensu, significa que para los permisos no remunerados no existía tal obligación, por la sencilla razón de que en uno estaba presente el pago del salario y en el otro no; que el casacionista no critica su significado ni el efecto que le dio el Tribunal a esta norma, por lo que solo en ella podría sustentarse el fallo atacado.

Que el ad quem es reiterativo al mencionar, que las normas que hablan de las cotizaciones en

licencia no remunerada, huelga u otras situaciones, incluida la sentencia de constitucionalidad modulada que dio la Corte Constitucional al estudiar el art. 53 del CST, son de ocurrencia posterior a la época de los hechos, por lo que no pueden tener efectos retroactivos.

Manifestó que para la época, no hay duda que el ISS había asumido la pensión de jubilación por el riesgo de vejez, por ese motivo no permitía la cotización cuando el contrato estuviera suspendido por razón de un permiso no remunerado, pues no existía obligación para los permisos no remunerados.

Por último, aludió a que solo cuando se expide el Decreto 806 de 1998, poco antes de la sentencia de constitucionalidad modulada, proferida por la Corte Constitucional con respecto al artículo 53 del CST, se habla en el artículo 71, de la obligación de cotizar por parte del empleador en caso de licencia no remunerada, pero años después a que hubiera ocurrido la situación objeto del litigio, pero además con la salvedad de que dicho decreto solo hace referencia a la cotización por salud, que no existe ahora, y mucho menos para los años 1981 a 1984, disposición alguna que autorizara cotizaciones al sistema de seguridad, cuando el contrato se encontraba suspendido por permiso no remunerado o que se hiciera por la misma razón analógica tomando la cotización para pensión que ocurre cuando el trabajador está incapacitado, según lo prescribe el artículo 26 del Decreto 692 de 1994, pero todas son normas posteriores sin aplicación retroactiva.

Que por eso resulta absurdo invocar dentro de las normas violadas, aquellas que hacen referencia al pago por sanción, cuando en el presente caso no existió omisión o negligencia, sino el obedecimiento a las normas vigentes en el sistema de seguridad social, al que compete el reconocimiento de la pensión de vejez que sustituyó la de jubilación.

CONSIDERACIONES

Con el recurso de casación se pone a consideración de la Corte, dos temas que se encuentran ligados entre sí, el primero planteado por la vía indirecta consistente en la inconformidad de la censura contra la sentencia acusada, en la convicción que le mereció al Tribunal las pruebas obrantes en el proceso y que llevaron a concluir que durante la licencia no remunerada del actor, la empresa demandada no estaba obligada a efectuar los aportes para pensión, pues para el recurrente si se encontraba acreditada la existencia de tal obligación y su incumplimiento traía como consecuencia, que la demandada debía pagar la pensión de vejez al actor, para lo cual atribuyó dos errores de hecho y la errónea apreciación de unas pruebas, así como la falta de valoración de otras (primer cargo).

La segunda temática la formuló por la senda directa, y busca controvertir el entendimiento que le da el Tribunal tanto al artículo 51 como al 53 del CST, cuando concluye que tales normas, en lo absoluto obligan al empleador a cotizar para pensión cuando un trabajador se encuentra en licencia no remunerada; puesto que, en criterio del censor, estos preceptos son claros en señalar que durante los periodos de suspensión del contrato laboral, el empleador solo está facultado para descontarle al trabajador el valor de salario y la incidencia de este tiempo en la liquidación de las vacaciones, de las cesantías y de la pensión de jubilación, pero nunca expresan que el empleador queda eximido de efectuar los aportes para pensión; que los efectos de la suspensión del contrato de trabajo solo son aquellos taxativamente señalados en la norma y que la legislación laboral ofrece una protección especial a los derechos mínimos del trabajador, por lo que no se puede ver afectado más de lo que expresamente permite la ley (segundo cargo).

Así las cosas, y por cuestiones de método se abordará inicialmente el estudio del reproche jurídico, para luego si adentrarse la Sala en el análisis del fáctico.

1.- Obligación legal del empleador de efectuar cotizaciones al Sistema de Pensiones cuando el contrato de trabajo se encuentra suspendido por licencia no remunerada del trabajador (Artículos 51 y 53 del CST)

Como quedó dicho cuando se hizo el itinerario procesal, el juez de alzada, para confirmar el fallo del a quo, y concluir que no existía para la entidad empleadora una obligación contractual ni legal de aportar al sistema de pensiones a favor del actor, puesto que el régimen al cual se encontraba afiliado limitó la cancelación a las licencias y permisos no remunerados, sostuvo desde el ámbito de lo jurídico, que para la época de los hechos el panorama era totalmente distinto al de hoy, ya que no se había expedido la Constitución Política de Colombia de 1991, ni existía el Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, normas que no tuvieron efectos retroactivos.

Consideró, que para los años 1981 a 1984, la licencia llevaba a la suspensión temporal del contrato de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 51 del CST, y que durante ese periodo se interrumpía para el trabajador la obligación de prestar el servicio y para el patrono el pago de salarios, quedando a su cargo las obligaciones que corresponden por muerte o enfermedad de los trabajadores, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 53 del mismo estatuto del trabajo; que aunque se declaró la exequibilidad condicionada de esta última norma, mediante sentencia CC C-1369/00, esta decisión constitucional no resulta aplicable al caso, porque su estudio se hizo bajo el amparo de la Carta Política de 1991, y en ella se analizó exclusivamente la suspensión del contrato como efecto de la huelga sin abarcar todas las causales de suspensión que consagra el artículo 51 del CST.

También dijo el ad quem, que en lo que respecta al pago de aportes a la seguridad social en pensiones, que el Decreto 1824 de 1965, norma vigente para la época de los hechos, establecía en su artículo 16, que las cotizaciones se causan en el caso de las licencias o permisos remunerados, situación totalmente disímil a la del actor que disfrutó de una licencia sin remuneración; que del examen de las normas referidas se deduce que no es posible radicar en cabeza del demandado la obligación legal de cotizar para cubrir la prestación pensional deprecada en el caso.

El precedente entendimiento del Tribunal, no se muestra equivocado, ya que la única intelección que se hace del citado artículo 51 del CST, es para colegir que la licencia no remunerada lleva a la suspensión temporal del contrato de trabajo, y esto es lo que justamente se desprende como consecuencia jurídica de la lectura de dicho precepto legal, en su numeral 4º, que es claro y preciso, por ende, el juzgador no se está distanciando de la hermenéutica natural y obvio de la norma; pues no existe razón, en este caso, para desatender su tenor literal.

En cuanto a los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, de lo dispuesto en el artículo 53, el ad quem infiere que durante el periodo de licencia no remunerado, las obligaciones que quedan a cargo del empleador son las que corresponden por muerte o enfermedad de los trabajadores; exegesis que tampoco, en este caso, va en contravía del pensamiento genuino de la norma, pues este es uno de los supuestos que consagra, y que fue interpretado acorde con el contexto jurídico que estaba vigente para la época de los hechos, sin que resulte viable para el caso concreto que se le pueda dar aplicación a la sentencia CC C-1396 – 2000, a efectos de ampliar el alcance de la norma en el sentido que pretende el recurrente.

Lo anterior porque, en primer lugar, dicha sentencia **fue dictada el 11 de octubre de 2000, sin que sea posible darle efectos retroactivos, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996**; y, en segundo lugar, porque el estudio de constitucionalidad estuvo encaminado específicamente a la causal de suspensión del contrato de trabajo contenida en el numeral 7 del artículo 51 del CST, que hace referencia a la huelga declarada en la forma prevista en la ley, y a los efectos de la suspensión del contrato establecidos en el artículo 53 ibídem en relación con esta causal; por tanto no es posible hacer extensivo dicho pronunciamiento constitucional a ninguna de las otras causales de suspensión establecidas en el estatuto del trabajo, ya que se trata de supuestos distintos, y que deben analizarse dentro de una realidad social diferente.

Además, no puede pretender el censor modificar el sentido de las normas vigentes para la época de los hechos, basándose en disposiciones posteriores, dándoles un alcance retroactivo que no tienen, para significar que el verdadero querer del legislador laboral cuando expidió los artículos 51 y 53, no era otro que en los casos de suspensión de la relación laboral el empleador estaba obligado a efectuar los aportes para pensión, como sucede cuando se refiere al artículo 71 del Decreto Reglamentario 806 de 1998, máxime cuando dicho precepto ni siquiera se aviene a los supuestos de hecho del caso particular, porque consagra la obligación del empleador de efectuar los aportes en caso de suspensión temporal del contrato de trabajo por alguna de las causales contempladas en el artículo 51 del CST, pero únicamente respecto a las cotizaciones para el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por último, es de resaltar que el fallo del Tribunal no estuvo soportado únicamente en los artículos 51 y 53 del CST, pues en el análisis normativo que se efectuó, se estableció que para la época de los hechos existía el precepto 16 del Decreto 1824 de 1965, que disponía que las cotizaciones se causan en el caso de licencias o permisos remunerados, norma en la que también se apoyó el fallador para derivar las conclusiones jurídicas de su decisión y respecto de la cual en la acusación no se formula ningún reparo, pues únicamente la menciona para advertir, que con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, el legislador ya se había ocupado del tema.

Cabe agregar, que el recurrente, dejó libre de ataque uno de los pilares fundantes de la sentencia gravada, pues si bien incluyó en la proposición jurídica del cargo, la denuncia del artículo 16 del Decreto 1824 de 1965, que sirvió de soporte a la decisión del Tribunal, como ya se mencionó, no desarrolló en la sustentación ninguna argumentación tendiente a derribar la interpretación que de tal disposición legal se hizo en la sentencia impugnada, y por tanto teniendo en cuenta la presunción de acierto y legalidad de que está revestido el fallo de segunda instancia, al recurrente le correspondía derruir todos y cada uno de los fundamentos en que se soporta la decisión, pues de lo contrario ésta permanece incólume.

En definitiva, no le asiste razón a la censura en la interpretación equivocada del ad quem de los artículos 51 y 53 del CST, pues la hermenéutica que se le imprimió, se ajusta exactamente al genuino y cabal sentido de las normas en cuestión.

Por lo dicho, el Tribunal no pudo cometer los yerros jurídicos endilgados, que conduce a que la discusión del caso en particular descienda al terreno de los hechos, que es aquello a analizar en el siguiente punto, así:

2.- Obligación de la empleadora de efectuar cotizaciones al Sistema de Pensiones durante licencia no remunerada del trabajador por acuerdo entre las partes.

Lo que se verificará a continuación, desde la órbita de lo probatorio, es sí efectivamente como lo infirió el Tribunal, el empleador no tenía obligación contractual de efectuar aportes al sistema pensional durante el tiempo en que el contrato de trabajo del demandante estuvo suspendido por licencia no remunerada, o sí por el contrario, como lo sostiene el recurrente, de la documental que obra a folio 18 del expediente y que no fue analizada por el juzgador de segundo grado, se concluía con facilidad que la empresa Shell Colombia S.A. estaba obligaba a efectuar los mencionados aportes, puesto que ese era el verdadero querer contenido en la misiva del 22 de abril de 1981, y porque así también lo reconoció la propia parte demandada en el documento que no fue objeto de análisis.

Desde ya debe anotarse, que el ad quem no cometió ningún error de hecho con el carácter de ostensible, por lo siguiente:

De la revisión a la actuación se observa que, en efecto, a folio 18 del Cuaderno N°1 del expediente, obra una solicitud que realizó la empresa demandada al Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que se le informara sobre el valor que debía pagar por los aportes que se dejaron de hacer al ex empleado Jaime Simón Mora Lema, por el periodo comprendido entre el 1° de mayo de 1981 a 31 de enero de 1984, prueba que no fue objeto de análisis por el fallador de segundo grado; sin embargo, esto no constituye un yerro evidente, protuberante ni manifiesto, que tenga la relevancia para cambiar la decisión que se adoptó; pues valorado dicho documento en conjunto con las demás pruebas obrantes en el plenario, se llega a la misma conclusión a la que arribó el ad quem.

Lo anterior, por cuanto de la solicitud efectuada por la empleadora al ISS, no es posible colegir que esté aceptando la obligación que supuestamente tenía de realizar cotizaciones a pensiones durante la licencia no remunerada del actor, pues se observa que es una consulta que se elevó para dar respuesta a una petición del demandante, que obra a folio 17 del expediente, sin que se pueda desconocer la respuesta que el ISS ofreció a dicha solicitud (folio 19), en la cual manifestó «que en este caso no se configura la omisión consagrada en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que el trabajador se encontraba en licencia por parte de la empresa según lo registrado en la historia laboral del trabajador allegada por la compañía y nunca hubo la desafiliación por parte del trabajador».

En consecuencia, lo que se evidencia es que la empresa demandada reportó que el demandante se encontraba en licencia no remunerada, como consta en la historia laboral, que no existe tiempo cotizado durante el periodo comprendido entre el 1° de mayo de 1981 y el 1 de enero de 1984, y que el ISS estableció que no existía la omisión consagrada en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; sin que esta circunstancia lleve en ningún momento a desvirtuar la apreciación que hizo el Tribunal de la comunicación de 22 de abril de 1981, que obra a folio 10 del cuaderno del expediente, esto es, que del tenor literal no se vislumbra que la entidad accionada haya asumido el pago de la seguridad social durante la vigencia de la licencia temporal, y que resulta razonable como el mismo recurrente lo reconoce.

En lo que tiene que ver con la prueba testimonial, no es posible abordar su estudio y crítica, por virtud de no haberse previamente demostrado con prueba apta en casación, esto es, documento auténtico, confesión judicial e inspección judicial un error evidente de hecho, conforme a la limitación legal contemplada en el art. 7 de la Ley 16 de 1969.

Por todo lo dicho, y dadas las características especiales del caso objeto de análisis, el Tribunal no pudo cometer ningún yerro fáctico, por lo menos con el carácter de ostensible, al considerar que

no existía para la entidad empleadora una obligación contractual ni legal de aportar al sistema de pensiones a favor del actor.

En consecuencia, ninguno de los dos cargos puede prosperar.

Las costas en el recurso extraordinario serán a cargo del recurrente demandante, por cuanto la acusación no tuvo éxito y hubo réplica. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$3.750.000,00, que se incluirán en la liquidación que el juez de primera instancia haga, con arreglo a lo dispuesto en el art. 366 del Código General del Proceso.

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, NO CASA la sentencia dictada 17 de febrero de 2010, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso que instauró JAIME SIMÓN MORA LEMA contra SHELL COLOMBIA S.A.

Costas como se dijo en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

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

SCLAJPT-10 V.00



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

