



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

**FERNANDO CASTILLO CADENA
Magistrado Ponente**

**SL6718-2016
Radicación n° 47217
Acta 16**

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil dieciséis
(2016)

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la apoderada de la demandada contra la sentencia de 3 de mayo de 2010, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral que **JUAN IGNACIO PIMIENTA SOTO** promovió contra **TAMPA CARGO S.A.**

Se acepta el impedimento presentado por los Magistrados JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ y LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión sanción, por haber sido despedido sin justa causa luego de haberle servido durante más de 10 años, las mesadas causadas, el reajuste de la prestación, la indemnización moratoria y las costas del proceso.

Fundó sus aspiraciones en los servicios que como Ingeniero de Vuelo prestó del 13 de diciembre de 1995 al 8 de febrero de 2006, cuando fue despedido sin justa causa. Adujo que durante todo el tiempo de duración del contrato de trabajo, no fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones y riesgos profesionales, bajo el argumento de que disfrutaba de una pensión de jubilación convencional otorgada por Avianca-Sam desde el 1° de agosto de 1994, pretexto que le impidió acceder a la pensión de vejez que ofrece el sistema general de pensiones, en el que cuenta 378 semanas cotizadas (folios 3 a 10).

Al contestar la demandada propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, pago, cumplimiento del derecho y buena fe. Aceptó los extremos temporales del contrato, el cargo ocupado por el actor y la forma en que terminó la relación de trabajo subordinada. La no afiliación en pensiones, la argumentó en el hecho de que el riesgo de vejez se encontraba cubierto por la pensión de jubilación de que disfrutaba desde antes de comenzar la ejecución del contrato (folios 104 a 114).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo de 27 de febrero de 2009, el Juzgado 7° Laboral de Descongestión del Circuito de Medellín condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión sanción deprecada, a partir del 25 de julio de 2011. Negó las demás pretensiones e impuso costas a la empresa (folios 307 a 317).

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Por decisión de 3 de mayo de 2010, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, confirmó la decisión de primer grado, sin costas (folios 345 a 350).

El fracaso de la alzada interpuesta por la enjuiciada se fundó, en esencia, en que los servicios subordinados prestados por el accionante a la aerolínea superaron los 10 años, fue despedido sin que mediara justa causa, sin haber sido afiliado para el riesgo de vejez, que corresponden a las exigencias consagradas en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que reprodujo.

Lo anterior, a pesar de que Pimienta Soto gozaba de una pensión de jubilación convencional reconocida por Avianca-Sam que no es compartible, según la certificación expedida por esta empresa (fl 296), en tanto la falta de afiliación hace que el empleador responda *«como lo haría el susodicho sistema»*, sin que se suscite incompatibilidad entre

las dos pensiones, dado que la de jubilación es pagada por el anterior patrono con recursos propios, y la que se impone en esta sentencia deberá sufragarse con cargo al patrimonio de la demandada. Además, *«la filosofía de dicha pensión sanción no es otra que grabar (sic) al empleador con el reconocimiento y pago de la misma»*, no solo por su incumplimiento, sino porque tal omisión obstaculiza el acceso a la pensión de vejez a cargo del sistema pensional.

Agregó que de ninguna manera puede calificarse como legal la pensión de jubilación, pues es pagada por un empleador privado, de suerte que la incompatibilidad alegada no se presenta, a más que las dos pensiones tienen naturaleza jurídica distinta, *«en cuanto a su fuente y origen, la primera a cargo de AVIANCA SAM, por haber cumplido el accionante con los requisitos previstos en la convención colectiva de trabajo, y la otra en virtud de que la accionada no afilió al demandante al sistema general de pensiones»*.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Concedido por el Tribunal, fue admitido por la Corte. Por la causal primera de casación, formula un cargo, replicado por el demandante.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Solicita la casación total del fallo del Tribunal, para que en sede de instancia se revoque el de primer grado y, en su lugar, se le absuelva de todas las pretensiones.

VI. ÚNICO CARGO

Por vía directa, denuncia infracción directa de «los artículos 31 de la Ley 100 de 1993 y 2° del Acuerdo 049 de 1990 (...) que lo condujo a la APLICACIÓN INDEBIDA del artículo 133 de la Ley 100 de 1993»

Sin discutir las inferencias fácticas del fallador, transcribe los artículos 15 y 16 del ordenamiento que mencionó en la formulación del cargo, el segundo modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, sobre incompatibilidad de regímenes. Copia el artículo 31 *ibidem*, que define el de prima media con prestación definida y comenta que en este esquema no existe norma que establezca exclusiones o excepciones, como sí las hay en el régimen de ahorro individual, en el artículo 61 del mismo estatuto, que reproduce.

Plantea, entonces, que como la vigencia del Régimen General de Pensiones estuvo precedida del Acuerdo 049 de 1990, se debe acudir a dicho reglamento, particularmente al artículo 2° que establece las personas excluidas del seguro obligatorio de IVM; reproduce el literal c), que expresamente menciona a «Los trabajadores dependientes que al momento de iniciarse la obligación de asegurarse se encuentren gozando de una pensión de jubilación a cargo de un patrono o que de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo, tengan adquirido el derecho a la pensión de jubilación».

Reitera que ante la ausencia de norma en la Ley 100 de 1993 que regule expresamente las exclusiones al Régimen de Prima Media, se torna obligatorio acudir a las consagradas en el Acuerdo 049 de 1990, bajo las cuales queda sometido el demandante en este proceso, dado que al vincularse a TAMPA CARGO S.A. gozaba de una pensión de jubilación. A la inaplicación del precepto reglamentario citado, concluye, siguió la indebida aplicación del artículo 133 del estatuto de la seguridad social integral, pues la pensión sanción procede solo cuando se impide causar una pensión de vejez, hipótesis que no se presenta en este evento, en tanto la norma de 1990 no traza distinciones por el origen de la pensión.

Al finalizar, sostiene que de mantenerse la condena se *«rompería el equilibrio y en todo caso el principio de la seguridad social conforme al cual no se debe otorgar doble prestación por el mismo riesgo»*.

VII. LA RÉPLICA

Atribuye error técnico a la sustentación del recurso, en la medida en que acusa violación directa, *«en la modalidad de INFRACCIÓN INDIRECTA»*, puesto que no se puede violar directamente la Ley por vía indirecta. Aduce que el ad quem aplicó correctamente el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, porque al momento de iniciarse el contrato de trabajo existía la obligación de afiliación. Citó y reprodujo pasajes de sentencias de casación relativas a la compatibilidad de

pensiones de origen extralegal con las de vejez reconocidas por el ISS.

VIII. CONSIDERACIONES

No se presenta el desatino en la técnica del recurso extraordinario de casación que la oposición le enrostra al cargo, toda vez que la sociedad recurrente controvierte el acto jurisdiccional por el sendero de puro derecho, en la modalidad de infracción directa de las normas denunciadas y no como lo aduce la réplica por vía de los hechos.

Entonces, dado que la acusación está dirigida por la vía directa, la recurrente acepta expresamente no discutir *«ninguno de los fundamentos fácticos de la decisión, ni la forma en que tuvo por probados los hechos el Tribunal»*, cuales son: (i) que el actor laboró para la convocada a juicio desde el 13 de diciembre de 1995 hasta el 8 de febrero de 2006, lapso superior a 10 años; (ii) que el contrato de trabajo terminó sin justedad alguna; (iii) que AVIANCA SAM le reconoció al actor una pensión por haber cumplido *«con los requisitos previstos en la convención colectiva de trabajo»* antes de ingresar a laborar para la hoy demanda, y (iv) que la llamada a juicio no afilió al promotor del proceso al sistema general de pensiones para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y sobrevivientes.

Como se recuerda, la disconformidad de la recurrente con el acto jurisdiccional fustigado estriba, en estrictez, en que el promotor del litigio *«al gozar de una pensión de jubilación a*

cargo de un empleador [Avianca- Sam]- hecho éste no discutido y totalmente demostrado- cuando inició su servicios para la compañía (...) TAMPA CARGO S.A.- el 13 de diciembre de 1995, es evidente que estaba expresamente excluido de la afiliación a dicho régimen de pensiones y por ello la compañía actuó amparada en norma legal y su actuación constituye un accionar legítimo».

Para fundamentar la anterior acusación, la demandada reconoce que para las fechas en que despidió sin justa causa al trabajador, en el régimen de prima media no existía norma jurídica que impidiera la coexistencia de la pensión sanción con una pensión de jubilación de naturaleza convencional; por tal razón, se ve en la necesidad de acudir al artículo 2° del Acuerdo 049 de 1990, expedido por el Instituto de Seguros Sociales por la vía del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, según el cual, «Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley».

Desde luego, como lo entiende la censura, el artículo 61 de La Ley 100 de 1993 no es aplicable al problema jurídico que se debate, toda vez que en su literal a) expresamente excluye a «los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público», de suerte que si un jubilado por una empresa del sector privado no está excluido en el RAIS, menos podría pensarse que uno que hubiera permanecido en el modelo pensional de reparto simple quedaría exonerado de la obligación de cotizar para amparar el riesgo de vejez.

Pues bien, debe decirse que la razón no está de parte de la sociedad recurrente, porque si bien el artículo 31 de la ley de seguridad social permite que se apliquen algunas disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, no es el caso del literal c) de su artículo 2º, dado que el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, lo derogó toda vez que este precepto estableció que son afiliados obligatorios al sistema general de pensiones *«Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley. Así mismo, los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegibles para ser beneficiarios de subsidios a través del fondo de solidaridad pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales»*.

Y por su parte el artículo 17 de la misma normativa palmariamente estatuye que *« Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores (...)»*, obligación que solo cesa *«al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente»*.

En el horizonte trazado se tiene que la Ley 100 de 1993 no consagró disposición alguna que excluya de la afiliación al sistema pensional a las personas que estén disfrutando de una pensión convencional, como sucede en el asunto bajo examen.

Aunado a lo anterior nótese que tampoco se dio el supuesto del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, esto es, que cesara la obligación de cotizar para el cubrimiento de las

contingencias de invalidez, vejez y sobrevivientes, para que la llamada a juicio se exonerara de tan importante obligación.

Pero aun si se considera que las exclusiones establecidas en el artículo 2° del Acuerdo 049 de 1990 conservaron vigencia después de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, en gracia de lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 31 de este estatuto, tampoco tendrá éxito la acusación, por lo siguiente:

Si bien, el reglamento de 1990 no distingue entre si la prestación jubilatoria es de origen legal o convencional, la expresión de que esta se encuentre a cargo de un patrono «*o que de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo, tengan adquirido el derecho a la pensión de jubilación*», debe ser entendida bajo una lectura que se corresponda totalmente con la construcción de la frase, de suerte que pueda obtenerse su sentido obvio y natural sin forzar una inferencia que a la postre pueda devenir incoherente. En ese orden, lo que se desprende del literal c) ya transcrito es que la restricción se presenta cuando la pensión ya se hubiere concedido o se encuentre causada en los términos de los artículos 259 y 260 de dicho ordenamiento, pues la alusión al Código Sustantivo del Trabajo cobija tanto la situación de quien está jubilado, como quien no lo está pero tiene adquirido el derecho, lo que deja por fuera de la exclusión a quienes disfrutan de una pensión con fuente convencional, como es el caso del demandante en este proceso.

La línea de interpretación que se dejó expuesta, finalmente, coincide con lo referido en sentencia hito 35374 del 12 de agosto de 2009, que rectificó la doctrina jurisprudencial en punto a la improcedencia de la pensión sanción, cuando ya se es titular de otra de naturaleza diferente, bajo el siguiente discernimiento:

En efecto, en condiciones normales el hecho de gozar el trabajador de una pensión de jubilación o de vejez sería razón suficiente para negar la procedencia del derecho a la pensión sanción, de acuerdo con la jurisprudencia transcrita. Pero ello no puede entenderse así cuando el trabajador, por razón de los servicios prestados al empleador que sin justa causa lo despide, de todos modos tiene derecho a una pensión de vejez, en este último caso en el evento de haber sido afiliado al Seguro Social oportunamente, por no existir una incompatibilidad para gozar simultáneamente de las dos prestaciones, originadas ellas, desde luego, en el trabajo a diferentes empleadores con distinta naturaleza jurídica, uno oficial y el otro privado, y en épocas que no sean totalmente concurrentes (...).

De otra parte, no es sostenible, ni demostrable, la afirmación de que una solución como la que adoptaron los jueces de instancia pueda comprometer la sostenibilidad del sistema pensional, por la sencilla razón de que ni la pensión de jubilación convencional de la que es titular el demandante, ni la pensión sanción que le fue impuesta en este contencioso, están a cargo de una de las entidades administradoras de pensiones.

De suerte que la pensión convencional que disfruta el demandante por los servicios prestados a Avianca Sam, no es una prestación que de manera integral le corresponde

asumir al Sistema General de Pensiones, como si lo sería la de vejez.

Y la verdad es que para el asunto bajo examen resulta inane revivir discusiones en cuanto a que si la pensión especial del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 constituye una indemnización o sanción por el despido injusto o si trata de una prestación social que cubre el riesgo de vejez, porque en realidad la falta de afiliación y cotizaciones ante el sistema general de pensiones del actor le impidió a éste adquirir el derecho a la pensión de vejez, que como quedó asentado, no sustituye la pensión convencional.

Se concluye, entonces, que la empresa accionada incumplió la obligación de afiliar al accionante al sistema de seguridad social en pensiones; como este le prestó servicios por más de 10 años y fue despedido sin justa causa, el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 fue debidamente aplicado, de suerte que el cargo es infundado e impróspero.

Dado que se presentó réplica, las costas por el recurso a cargo del impugnante, con inclusión de \$6.300.000.00, como agencias en derecho.

IX. 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 proferida el 3 de mayo de 2010, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario promovido por **JUAN IGNACIO PIMIENTA SOTO** contra **TAMPA CARGO S.A.**

Costas, como se dijo.

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Presidente de Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

(Impedido)

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

(Impedido)

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS