

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

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Magistrado ponente

SL8306-2015

Radicación n.º 41656

Acta 08

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la señora **GLORIA LUCERO FAJARDO GAMBOA** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 19 de mayo de 2009, dentro del proceso ordinario que le sigue a **la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO – EN LIQUIDACIÓN** – y al **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.**

I. ANTECEDENTES

La señora Gloria Lucero Fajardo Gamboa promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero – en Liquidación – y el Banco Agrario de Colombia S.A., con el fin de obtener, entre otras

cosas, que fuera declarado que su contrato de trabajo había sido terminado de manera unilateral y sin justa causa el 28 de junio de 1999 y que, como consecuencia, se le otorgara la pensión restringida de jubilación o pensión sanción.

Para los fines que interesan al recurso de casación, indicó que estuvo vinculada a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero entre el 2 de mayo de 1982 y el 27 de junio de 1999, de forma tal que le prestó sus servicios durante más de 17 años; que tenía la condición de trabajadora oficial y devengaba la suma de \$851.397.44 mensuales, como último salario promedio; que tenía derecho a la pensión establecida en el artículo 47.1.4. del Manual Administrativo de Personal de la Caja Agraria; que el 25 de junio de 1999 se le impidió el acceso a su lugar de trabajo, con la anuencia de la fuerza pública y, de ese modo, vio terminado su contrato de trabajo; que la demandada ejecutó un despido colectivo, contrario a los fines sociales del Estado; que la justa causa de terminación del vínculo laboral que le fue opuesta, esto es, la supresión del cargo, no se encuentra consagrada legalmente como tal; que debido a que la Corte Constitucional declaró inexequibles los Decretos 1064 y 1065 de 1999, el despido se tornó ineficaz; y que el Banco Agrario de Colombia es solidariamente responsable por el pago de las acreencias que reclama.

El Banco Agrario de Colombia S.A. se opuso a la prosperidad de las súplicas incoadas en su contra. Adujo que no le constaban los hechos y propuso las excepciones

de falta de competencia, inexistencia de la sustitución patronal y solidaridad, prescripción y carencia de solidaridad en la cesión del contrato.

La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación se opuso a la prosperidad de las pretensiones incluidas en la demanda. Admitió como ciertos los hechos relacionados con la existencia de la relación laboral y con la liquidación y cierre de la entidad. Frente a los demás, dijo que no eran ciertos o que no le costaban. Arguyó que el contrato de trabajo había terminado por una causa legal y que, de cualquier manera, la pensión sanción ya no existía para quienes, como la actora, habían sido afiliados al Sistema General de Pensiones. Propuso las excepciones que denominó carencia de acción o de derecho para demandar y petición de lo no debido, pago, inexistencia de la obligación, improcedencia de la pretendida indemnización moratoria por el presunto despido injusto, por la configuración de una fuerza mayor, imposibilidad del reintegro por sustracción de materia, compensación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali profirió fallo el 30 de noviembre de 2006, por medio del cual condenó a las demandadas a pagarle a la señora Gloria Lucero Fajardo Gamboa la pensión sanción establecida en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, a partir de la fecha en la que cumplió los 50 años de edad y mientras alguna entidad de seguridad social

asume el riesgo de vejez; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y absolvió respecto de las demás pretensiones planteadas en la demanda.

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero – en Liquidación -, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, a través de la sentencia del 19 de mayo de 2009, revocó parcialmente la decisión emitida en la primera instancia y absolvió a la demandada del reconocimiento de la pensión sanción.

Para tales efectos, explicó que no había controversia frente a la existencia de la relación laboral y en torno a que las fechas de ingreso y de retiro de la demandante correspondían al 2 de mayo de 1982 y al 27 de junio de 1999, respectivamente. Luego de ello, recalcó que el Decreto 1065 de 1999 había sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional y que la supresión del cargo no estaba contemplada en el Decreto 2127 de 1945, como justa causa de terminación del contrato de trabajo, por lo que, concluyó, el vínculo había terminado por la voluntad unilateral de la demandada y sin que mediara una justa causa.

Dicho lo anterior, destacó que el retiro de la demandante se produjo en vigencia del Sistema General de

Seguridad Social y que, por ello, la norma llamada a regular su pretensión de pensión sanción era el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que, en su parágrafo, extendía su aplicación a servidores públicos y a trabajadores del sector privado.

Precisó también que, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, “(...) *la entidad que afilia a sus trabajadores al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a partir de cuando lo ordenó la Ley 100 de 1993, queda relevada de asumir el riesgo relativo a la pensión, y, con mayor razón, tal y como acontece en este caso, en que así procedió la entidad poco después de que entrara en vigencia el Sistema General de Pensiones para los servidores públicos en el Municipio de la Cumbre.*” Citó, como respaldo de esta consideración, apartes de la sentencia emitida por esta Sala el 30 de septiembre de 2008, Rad. 33077.

Teniendo presentes tales supuestos, para el caso concreto, coligió:

Así entonces, razón le asiste a la impugnante cuando considera que al haber afiliado a la demandante al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, se subrogó para el reconocimiento de esta clase de prestaciones, sin que para el efecto sea posible argumentar que durante 14 años la demandante no estuvo afiliado (sic), cuando en realidad la obligación tan solo surgió a partir del 1º de abril de 1994 (fl. 411).

Ahora, no deja de ser cierto que tan solo hasta febrero de 1996 empezaron a figurar cotizaciones bajo esta patronal. Esta afiliación tardía por si sola no configura el supuesto de hecho de la norma, pues lo cierto es que debe ser atendida la literalidad en

armonía con la filosofía del art. 133 de la ley 100 de 1993, esto quiere decir que si la afiliación se efectuó unos meses después pero se hizo de manera completa y regular, la Caja cumplió con los deberes impuestos por la seguridad social durante la vigencia de la relación, sin olvidar que subsiste en cabeza del empleador el trámite del respectivo bono pensional con el que concurrirá al financiamiento de la pensión de su extrabajadora, y lo mas importantes (sic) sin con su retardo no se compromete el reconocimiento de la prestación por parte del ISS para la Sala es claro que no hay lugar a la imposición de la condena.

En el presente caso, la Caja Agraria a partir de abril de 1994 estaba en la obligación de afiliar a su trabajadora pero solo transcurridos 2 años procedió en tal sentido, este lapso es inferior a la mitad del tiempo laborado entre el momento en que surgió la obligación y el despido (9 años y 2 meses); igualmente el ISS aportó copia de la historia laboral de la demandante en donde se observa que entre mayo de 1996 y junio de 1999 se efectuaron cotizaciones oportunamente y en los montos que legalmente correspondían (fl. 409, 410), no resultando a juicio de esta Sala notoriamente extemporánea la afiliación para a partir de esta conclusión derivar en la imposición de la pensión sanción en cabeza de la exempleadora, debiendo en consecuencia, acoger los planteamientos de la apelante y en consecuencia, revocar la decisión de primera instancia.

IV. EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por el apoderado de la demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que se case totalmente la sentencia recurrida *“(...) revocándola y en su lugar, obrando la Corte Suprema de Justicia en función de instancia, confirme en todas sus partes el fallo de primer grado.”*

Con el propósito descrito formula tres cargos, por la causal primera de casación laboral, oportunamente replicados y que pasan a ser analizados por la Corte.

VI. PRIMER CARGO

Se formula de la siguiente manera: *“Acuso la sentencia 102 dictada el 19 de mayo de 2009 por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de violar indirectamente y por aplicación indebida el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, y los artículos 60 y 145 del Código Procesal del Trabajo en concordancia con los artículos 174, 177 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (violación medio), debido a errores ostensibles de hecho al no dar por demostrado, estándolo, que: 1) la demandada Caja Agraria tenía reglamentada para sus funcionarios la pensión de jubilación en caso de despido injusto; y 2) la afiliación incompleta e ineficaz al sistema general de pensiones por culpa imputable al empleador no lo exonera del pago de la pensión sanción, yerros manifiestos, respectivamente, en: 1º) La falta de apreciación de las páginas 366 vuelto (folio 17) y 367 (folio 16) del Manual Administrativo de Personal; y 2º) La equivocada apreciación de la historia laboral de aportes al ISS (folios 409, 410, 469 y s.s.)”*

En la fundamentación del cargo, el censor menciona que al proceso fueron aportadas las copias de la parte pertinente del Manual Administrativo de Personal de la Caja Agraria, que regula las pensiones. Igualmente, cita el artículo 47.1.4 de dicho documento y expresa que *“(...) en la demandada Caja Agraria se encontraba reglamentada la pensión de jubilación por despido injusto para todo el personal, porque la disposición no advierte exclusiones en ese sentido; las páginas 366 vuelto y 367 presta suficiente mérito probatorio por no haber tenido oposición en las etapas de trámite que las tachara de falso o discutiera su vigencia al momento del despido de la demandante por parte de procurador judicial de la Caja, tampoco las rechazó el juez de primera.”*

Anota que el Tribunal edificó su decisión sobre las previsiones del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 y denegó el reconocimiento de la pensión sanción, por encontrar aportes al Instituto de Seguros Sociales a partir del mes de mayo de 1996. No obstante, dice, el examen de la historia laboral fue equivocado, en la medida en que *“(...) da por cumplida la afiliación total y completa que reclama el artículo 133 para negar la pensión sanción, restándole importancia al hecho de la inscripción tardía del actor al ISS, mayo de 1996, cuando está reconociendo que la entidad demandada tenía la obligación de hacerlo a partir de abril de 1994, la errática apreciación del documento lo indujo a no percatarse que se demoró 25 meses para asegurar a su trabajadora, consideraciones del fallo que no armonizan con la filosofía del precepto citado.”*

Insiste en que el Tribunal no advirtió que la afiliación de la demandante fue tardía e incompleta, pues no se produjo en el mismo momento en el que entró en vigencia el

Sistema General de Pensiones y se dejaron de cotizar 25 meses. Alega también que el recto sentido de la norma es que la afiliación, que sirve para excusar el reconocimiento de la pensión sanción, no puede ser incompleta, de manera que se le impida al trabajador acceder a la pensión de vejez, por falta de semanas cotizadas.

Finalmente, apunta que *“(...) frente a la aplicación de una normatividad cuya existencia está plenamente demostrada en el proceso (folio 520 y siguiente), como la consagrada en el artículo 47.1.4 del Manual Administrativo de Personal, por aplicación del principio de favorabilidad, los juzgadores de instancia debieron atenderla al momento de discernir sobre el tema de la pensión restringida de jubilación o sanción como está reclamada en la demanda, por ser una disposición reglamentaria que nace del empleador, y sus requisitos para su goce no entrañan las exigencias del tan controvertido artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que nos llevaría a la inaplicabilidad, privilegiando la condición más beneficiosa contenida en el artículo 51 de la Carta Política, a la luz del precepto 272 ibídem que consagra la aplicación preferencial cuando se puedan conculcar derechos laborales y la dignidad humana.”* (subrayado original).

VII. RÉPLICA

Considera que el Tribunal no desconoció las normas constitucionales mencionadas por el censor y que, por el contrario, realizó una aplicación adecuada del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, en tanto la entidad demandada afilió a la trabajadora al Sistema General de Pensiones cuando estuvo obligada a hacerlo, pues el Instituto de Seguros

Sociales no tenía cobertura en el lugar en el que se prestaban los servicios, con anterioridad a 1994.

Indica también que el Manual Administrativo de Personal no tiene el alcance de una norma convencional, ni tiene la facultad para crear prestaciones como la que se pretende en la demanda, ya que, contrario a ello, tiene un carácter simplemente orientativo.

VIII. CONSIDERACIONES

En el cargo se mezclan de manera antitécnica asuntos fácticos y jurídicos relacionados con dos temáticas de naturaleza diferente, que resultan contradictorias y que se pueden describir de la siguiente manera: i) la aplicación preferente del denominado Manual Administrativo de Personal de la Caja Agraria y el hecho de que allí se consagra un derecho a la pensión sanción, diferente del que regula la ley y; ii) el alcance del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, en el sentido que una afiliación tardía o incompleta al Instituto de Seguros Sociales, no exonera al empleador del pago de la pensión sanción que allí se establece.

El primero de los temas planteados es fáctico, se encuentra adecuadamente propuesto por la vía indirecta y se refiere a la debida apreciación del documento denominado Manual Administrativo de Personal de la Caja Agraria.

En cuanto al fondo del reclamo allí plasmado, cabe decir que es cierto que el Tribunal dejó de analizar la presunta consagración de una pensión sanción en el referido Manual, reglamentada unilateralmente por el empleador, pues se enfocó en las previsiones del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, sin hacer alusión a tal tema. No obstante, al dejar de hacerlo, no pudo incurrir en el error de hecho denunciado por la censura, de no dar por demostrado, estándolo, que “(...) la demandada Caja Agraria tenía reglamentada para sus funcionarios la pensión de jubilación en caso de despido injusto (...)”, por virtud de que la prueba documental obrante en el expediente no da cuenta de la existencia autónoma de ese derecho extralegal.

En efecto, en primer lugar, los documentos que el censor considera dejados de analizar (fls. 16 y 17), corresponden a copias sueltas, incompletas y aisladas de un “*MANUAL ADMINISTRATIVO*”, de las que no es posible identificar la existencia de un cuerpo normativo completo, la naturaleza de las normas que allí se consagran, sus términos de vigencia y sus condiciones de aplicación, por lo que, siendo una norma de alcance particular y concreto, el Tribunal no podía derivar de allí el derecho pretendido por la actora.

Asimismo, aún si se hubiera aceptado la existencia de dicho instrumento en el proceso, el Tribunal no hubiera podido inferir de allí la existencia de un derecho autónomo a la pensión sanción, diferente del que consagra la ley, pues esta Sala de la Corte ha adoctrinado, en procesos seguidos

en contra de la misma entidad demandada, que “(...) en el numeral 47.1.14. del denominado manual administrativo de personal no se establece una pensión por despido injusto sino que realmente se hace un resumen ilustrativo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, pues la prestación es la misma, ya que no se cubre un riesgo distinto, es decir no hay la creación de una nueva garantía extralegal. El manual al parecer corresponde a una recopilación de las diferentes obligaciones legales y extralegales que obligan a la entidad; en otros términos un instructivo o guía interno de la entidad, sin que propiamente aparezcan en él la consagración de nuevas garantías para los trabajadores vinculados a la Caja.” Sentencia del 21 de noviembre de 2006, Rad. 28997. En igual sentido pueden verse las sentencias del 30 de agosto de 2005, Rad. 26149, 13 de marzo de 2006, Rad. 25365, 23 de marzo de 2006, Rad. 26255, 13 de febrero de 2007, Rad. 28188, entre otras.

Así las cosas, el Tribunal no pudo haber incurrido en los errores de hecho denunciados por la censura, al abstenerse de considerar que la Caja Agraria tenía regulada autónomamente la pensión de jubilación, en caso de despido injusto de sus trabajadores.

La segunda cuestión que se aborda en el cargo resulta contraria a la primera, en tanto justifica la aplicación del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 y no de otra norma extralegal, sólo que critica los alcances que se le dieron a dicha disposición para el caso concreto de la actora. Adicionalmente, incluye debates de naturaleza eminentemente jurídica, relacionados con la correcta interpretación que se le debe dar a la norma. Así, el error denunciado por el censor de que el Tribunal no dio por

demostrado, estándolo, que “(...) *la afiliación incompleta e ineficaz al sistema general de pensiones por culpa imputable al empleador no lo exonera del pago de la pensión sanción (...)*” no es, en estricto sentido, un yerro fáctico que pueda determinarse por el sendero indirecto. De igual forma, la definición de si esa afiliación tardía, en los términos del Tribunal, “(...) *por si sola no configura el supuesto de hecho de la norma (...)*” o si, en los términos del censor, no exonera al empleador del pago de la pensión sanción, se corresponde con juicios netamente jurídicos que debieron haber sido planteados por la vía directa.

Estos desaciertos comprometen, por sí solos, la prosperidad de la acusación. Sin embargo, al margen de lo inadecuada y contradictoria que resulta la recriminación al Tribunal en este punto, lo cierto es que las conclusiones asentadas en la sentencia gravada se acompasan con la jurisprudencia desarrollada por esta Sala de la Corte, con arreglo a la cual, “(...) *en tratándose de empresas oficiales como la demandada, toda vez que, antes de que entrara a regir el sistema de pensiones creado por la Ley 100 de 1993, no existía para ellas la obligación legal de afiliar a sus trabajadores al Seguro Social, la afiliación que se hiciera poco tiempo después de la vigencia de esa normatividad, como aquí sucedió, es suficiente para exonerarlas de la obligación de reconocer la pensión sanción (...)*” (sentencia del 17 de agosto de 2011, Rad. 36889. Ver también las del 7 de septiembre de 2010, Rad. 41131, y 7 de diciembre de 2010, Rad. 37427, entre muchas otras.)

Igualmente, si bien es cierto que la Sala ha adoctrinado que “(...) *la afiliación del trabajador al sistema de*

pensiones que exonera al empleador del reconocimiento de la pensión restringida de jubilación debe ser una afiliación que produzca efectos jurídicos y que no es dable tener como tal aquella que se presenta de manera notoriamente extemporánea (...) también se ha puntualizado que en aquellos eventos en que la afiliación a la seguridad social no se produce de manera notoriamente tardía, no es procedente la pensión restringida de jubilación, en cuanto ello no trunca el derecho del trabajador a obtener del sistema de seguridad social el derecho a la prestación por vejez y no indica un censurable interés del empleador de beneficiarse a última hora en desmedro de los intereses de aquél.” (Sentencia del 2 de junio de 2009, Rad. 34427).

Esto es, esta Sala de la Corte ha concluido que si una entidad oficial afilia a sus trabajadores oficiales al Instituto de Seguros Sociales, en vigencia de la ley 100 de 1993, se exonera válidamente del pago de la pensión sanción, salvo que dicha afiliación resulte “*notoriamente extemporánea*”. Y eso fue precisamente lo que concluyó el Tribunal al inferir que “*(...) la entidad que afilia a sus trabajadores al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a partir de cuando lo ordenó la Ley 100 de 1993, queda relevada de asumir el riesgo relativo a la pensión, y, con mayor razón, tal y como acontece en este caso, en que así procedió la entidad poco después de que entrara en vigencia el Sistema General de Pensiones (...)*” No es posible advertir, en ese sentido, algún error del Tribunal en este punto, capaz de dar al traste con su decisión.

Finalmente, en torno al tema netamente fáctico, cabe decir que el Tribunal sí concluyó en su sentencia que la afiliación de la demandante al sistema general de pensiones había sido tardía, sólo que estimó que esa “*(...) afiliación tardía por si sola no configura el supuesto de hecho de la norma, pues lo cierto*

es que debe ser atendida la literalidad en armonía con la filosofía del art. 133 de la ley 100 de 1993” y esa conclusión, como ya se dijo, se amolda a la jurisprudencia desarrollada por la Corte.

El Tribunal también descartó que esa afiliación hubiera sido notoriamente extemporánea para lo que tuvo en cuenta: i) que no se había comprometido el reconocimiento de la pensión de vejez de la actora; ii) que el lapso dejado de cotizar “(...) *es inferior a la mitad del tiempo laborado entre el momento en que surgió la obligación y el despido (...)*”; y que iii) las cotizaciones realizadas entre 1996 y 1999 fueron oportunas y en los montos que correspondían.

Todos esos criterios resultan razonables y justificados, a la hora de determinar si la afiliación fue notoriamente extemporánea, además de que su validez no se controvertió en el cargo. Por lo mismo, el Tribunal no incurrió en algún error de hecho relacionado con los anteriores supuestos.

En consecuencia, el Tribunal no incurrió en los errores denunciados por la censura, al concluir que la afiliación de la actora al Sistema General de Pensiones había sido adecuada y tenía la entidad suficiente para desligar a la Caja Agraria del reconocimiento de la pensión sanción, con fundamento en lo previsto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

El cargo es infundado.

IX. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia del Tribunal *“(..)* de infringir por la vía directa, en la modalidad de infracción directa, el numeral 2º del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, artículo 272 de la Ley 100 de 1993, artículos 1, 2 y 8 de la Ley 153 de 1887; y por indebida aplicación el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.”

Para sustentar su acusación, el censor reproduce el contenido del numeral 2º del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 y aduce que dicha norma no se encuentra derogada y es aplicable a las condiciones de la demandante, por haber sido despedida sin justa causa. Por lo mismo, estima que el Tribunal efectuó una indebida aplicación del artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

Al mismo tiempo, transcribe el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 y alega que el requisito allí señalado *“(..)* sobre la afiliación al sistema general de pensiones es precisamente que sea completa y eficaz, que permita a los trabajadores despedidos sin justa causa acceder a las prestaciones económicas de vejez una vez reunidos los requisitos establecidos en la ley, de manera que la afiliación incompleta o tardía no exonera al empleador de la pensión sanción.” Cita, como soporte de su argumentación, la sentencia de la extinta Sección Segunda de esta Sala, del 12 de octubre de 1995, Rad. 7851, e insiste en que el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 no solo grava con la pensión sanción al empleador que no afilia al trabajador al sistema general de pensiones, sino también al que lo hace de manera inoportuna e insuficiente, de manera que ponga en riesgo el

derecho a la pensión de vejez, por falta de semanas cotizadas.

Recalca que, en este caso, la demandada afilió a la actora durante un periodo mínimo, en relación con todo el tiempo que mantuvo vigencia la relación laboral, de manera que el “(...) *ad quem no intuyó la teleología de la norma produciendo consecuencias jurídicas contrarias a su finalidad.*” Afirma, finalmente, que el Tribunal debió haberle dado aplicación al “concepto de condición más favorable”, en caso de que tuviera dudas frente al alcance de la norma.

X. LA RÉPLICA

Subraya que la norma que el censor considera infringida directamente fue derogada por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, además de que no pueden revivirse normas desaparecidas del ámbito jurídico, por el simple capricho del interesado.

XI. CONSIDERACIONES

El Tribunal dedujo que la norma aplicable a las condiciones de la actora era el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 y, tras ello, no incurrió en la infracción directa del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, pues, como lo pone de presente la réplica, esa norma fue derogada para la fecha en la que se produjo la terminación de la relación laboral de la actora y, por lo mismo, no estaba llamada a gobernar la

situación. Esta Sala de la Corte ha dicho de manera reiterada al respecto:

Ahora bien, en cuanto a la apreciación realizada por la censura, en el sentido de que en aplicación del principio de favorabilidad deberían tenerse en cuenta los artículo: 8º de la Ley 171 de 1961, y 74 de la Ley 1848 de 1969, conviene reiterar que a partir del 1º de abril de 1994, la Ley 100 de 1993 derogó “todas las disposiciones que le sean contrarias”, y su campo de aplicación en los términos del artículo 11, comprende, “con las excepciones previstas en el artículo 279”, a todos los habitantes del territorio nacional, independientemente de que sean trabajadores privados u oficiales.

Así las cosas, no hay razón jurídica plausible de la que se pueda deducir que el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, continúa vigente. Sobre el particular, esta Sala de la Corte, en sentencia de 15 de junio de 2006 Rad. 27338, en un asunto similar, en donde la demandada era la Caja Agraria, sostuvo lo siguiente:

“...La Sala estima pertinente recordar, que la llamada pensión sanción de jubilación, quedó regulada por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, tanto para el sector privado como para los trabajadores oficiales, a quienes el parágrafo primero de esa norma señaló como sus destinatarios, por lo que al entrar ésta en vigencia, derogó las normas anteriores que consagraban el derecho a la pensión sanción.” (Sentencia del 11 de mayo de 2010, Rad. 36826).

Por otra parte, frente a los cuestionamientos relacionados con el alcance del artículo 133 de la Ley 100

de 1993, que el censor menciona nuevamente en este cargo, se deben reiterar las consideraciones expuestas en el análisis del primer cargo, en tanto el Tribunal infirió correctamente que la entidad demandada se había desligado del reconocimiento de la pensión sanción, por haber realizado la afiliación de la trabajadora al Instituto de Seguros Sociales, en vigencia del Sistema General de Seguridad Social.

Vale la pena reafirmar también que el Tribunal no desconoció la jurisprudencia de esta Sala, con fundamento en la cual las afiliaciones ineficaces o incompletas no tienen el mérito de subrogar válidamente al empleador en el cumplimiento de sus obligaciones. Contrario a ello, tuvo en cuenta expresamente esta regla, solo que estimó que, en este caso concreto, la vinculación de la actora no había sido notoriamente extemporánea, además que subsistía en cabeza del empleador el trámite del respectivo bono provisional, con el que concurrió al financiamiento de la pensión, por lo que no estaba comprometido el reconocimiento de la pensión por parte del ISS. De modo que la afiliación, en estos términos, había sido eficaz para el tribunal.

El cargo es infundado.

XII. TERCER CARGO

Ataca la sentencia del Tribunal por “(...) violar directamente el Decreto Extraordinario 433 de 1971, los artículos 6, 133 y 134 del Decreto Ley 1650 de 1977, los artículos 28 y 57 del Acuerdo 44 de 1989 del ISS aprobado por el Decreto 3063 de 1989, el artículo 1 numeral 2 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, los artículos 1, 10, 11, 17, 22, 23 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 8 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación, y consecuentemente, los artículos 8º de la Ley 171 de 1961 y 133 de la Ley 100 de 1993, el 66 A del Código Procesal del Trabajo (violación de medio), por indebida aplicación.”

Con el ánimo de fundamentar su acusación, el censor precisa que el reclamo de la actora por la pensión sanción se fundamentó en el hecho de que no había sido afiliada al Sistema General de Pensiones, mientras estuvo vigente la relación laboral, a pesar de que la demandada estaba en la obligación de hacerlo, con fundamento en los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales.

Explica, en tal sentido, que el Decreto 433 de 1971 establece que los trabajadores nacionales y extranjeros, así como los que prestan sus servicios a la Nación, están sujetos a los seguros sociales obligatorios. Igualmente, que el Decreto Ley 1650 de 1977 incluyó como afiliados forzosos al Instituto de Seguros Sociales a varias categorías de trabajadores, sin referirse a los trabajadores oficiales. Aclara que ese aparente vacío encuentra justificación en el artículo 133 de la misma codificación, en tanto preserva la aplicación de los seguros sociales obligatorios a todos los trabajadores vinculados con el Instituto de Seguros Sociales, que son, entre otros, los trabajadores oficiales,

pues no había ninguna disposición que lo prohibiera. Afirma también que el Acuerdo 044 de 1989 y el Acuerdo 049 de 1990 preservaron esa potestad de afiliar al Instituto de Seguros Sociales a los trabajadores oficiales, por lo que la demandada no tenía excusa para no haberlo hecho.

Dice, de otro lado, que el Tribunal desconoció que las normas del Sistema General de Seguridad Social, y las anteriores al mismo, castigan al empleador que no afilie a sus trabajadores, al inferir que esa sanción podía eludirse con una afiliación tardía e incompleta. Plantea, en el mismo orden, que las reformas a la pensión sanción no afectaron la obligación del empleador de realizar los aportes al Instituto de Seguros Sociales, independientemente de si esa institución tenía cobertura en el municipio de la Cumbre, pues era poco probable que no la tuviera en “*las postrimerías del nuevo milenio*”, además de que, de cualquier manera, una omisión de tal naturaleza no puede solucionarse con una afiliación cercana a la finalización de la relación laboral y que afecta el derecho pensional del trabajador.

XIII. LA RÉPLICA

Advierte que las normas y temas mencionados en el cargo no hicieron parte de los fundamentos de la demanda, de manera que no pueden ser estudiados en casación, además de que, en todo caso, la censura olvida que el Instituto de Seguros Sociales certificó que había extendido su cobertura al lugar de prestación de los servicios de la actora en el año 1994 y, por lo mismo, la reclamada

afiliación desde 1982 carecía de fundamento. Señala, de otro lado, que la entidad tiene a su cargo obligaciones de cálculo actuarial y bono pensional, por los tiempos no cotizados, pero que eso debe definirse en el momento en el que la demandante cumpla con los requisitos para adquirir una pensión y no a través de este proceso.

XIV. CONSIDERACIONES

En torno al tema planteado en el cargo, esta Sala de la Corte ha señalado con insistencia que la afiliación de los trabajadores oficiales al Instituto de Seguros Sociales, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía un carácter meramente facultativo y que, por lo mismo, las entidades del Estado no estaban en la obligación de realizar esas afiliaciones, ni se les podía acusar o responsabilizar por no haberlo hecho. Así por ejemplo, en la sentencia del 17 de agosto de 2011, Rad. 36889, se dijo al respecto:

“La censura le reprocha al Tribunal que no haya condenado a la empleadora a reconocerle la pensión restringida de jubilación o pensión sanción, para lo cual estima que ese juzgador quebrantó lo dispuesto por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, al no tomar en cuenta que esa pensión se causa cuando la afiliación al sistema general de pensiones no fue completa y eficaz, pues los aportes que hizo la empleadora fueron mínimos en relación con el tiempo total laborado por la trabajadora.

Del recuento normativo que hace la propia impugnante, que pasa por los Decretos Leyes 433 de 1971 y 1650 de 1977, surge

de manera incontrastable que, antes de la expedición de Ley 100 de 1993, la afiliación de los trabajadores oficiales al Seguro Social, para efectos de la cobertura de la vejez, no era forzosa, pues si bien se previó la posibilidad de vinculación de esos trabajadores, se consideraron como afiliados facultativos. Quiere ello decir, entonces, que no era obligatorio que la empresa oficial a la que prestaran sus servicios los afiliara a la citada entidad de seguridad social.

Así surge de lo que sobre el punto ha proclamado esta Sala de la Corte, entre otras, en la sentencia de 29 de julio de 1998, radicación 10803:

“I. Pertinencia de la afiliación de trabajadores oficiales al I.S.S. entre 1976 y 1994.

“Al menos en el lapso de interés para este proceso (1976 a 1994), no pretendió el legislador la afiliación exclusiva de trabajadores oficiales al servicio de entidades del orden nacional a determinada caja de previsión oficial o institución de seguros sociales. Tanto las normas que gobiernan la organización, funcionamiento y régimen jurídico de la Caja Nacional de Previsión Social, como las atinentes al Instituto de Seguros Sociales correspondientes a dicho período, admitieron la posibilidad la afiliación de esta clase de empleados oficiales, dentro de determinadas condiciones, al Instituto de Seguros Sociales.

“Antes de 1976, el Decreto extraordinario 433 de 1971, que reorganizó el Instituto de Seguros Sociales determinó como sujetos a los seguros sociales obligatorios a los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo o de aprendizaje, “presten sus servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la Ley”, y también a los

“trabajadores que presten sus servicios a la Nación . . . en la construcción y conservación de las obras públicas y todos los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, de carácter nacional . . . que para los efectos del seguro social obligatorio estarán asimilados a trabajadores particulares”. Por manera que este ordenamiento genérico del I.S.S. contenía una previsión expresa que posibilitaba la afiliación de trabajadores oficiales a dicha entidad.

“La situación descrita intentó ser modificada parcialmente, con una redacción poco afortunada, por el Decreto 1650 de 1976, que determinó el régimen y administración del Instituto de Seguros Sociales. En efecto, en el artículo primero dispuso que los seguros sociales obligatorios del ramo de defensa y, en general, de servidores públicos - en esa época empleados públicos - se rigen por disposiciones especiales. El mismo Decreto incluyó como afiliados forzosos al I.S.S a los trabajadores particulares, a los funcionarios de seguridad social y a los pensionados por el régimen de seguros sociales obligatorios (art.6º) y como “otros afiliados”, facultativos, a “otros sectores de población, tales como los pequeños patronos y los trabajadores independientes o autónomos” (art. 7º). Como se ve estas dos disposiciones no se refirieron expresamente a los trabajadores oficiales. Empero, ello no significa en manera alguna que a partir de la vigencia del Decreto 1650, las vinculaciones al I.S.S. de trabajadores oficiales hayan quedado huérfanas de respaldo normativo, por cuanto el artículo 133 ibidem preservó la aplicación del régimen de seguros sociales obligatorios a todos los trabajadores que al momento de su vigencia estuvieren afiliados a la mencionada entidad, preceptiva que el artículo 134 del mismo estatuto reiteró de manera explícita respecto de los “servidores del

Estado” que en esa época estuviesen afiliados al “Instituto Colombiano de Seguros Sociales . . .”.

“Naturalmente que ello no puede entenderse con apego a una literalidad excesiva que conduzca a conclusiones contradictorias, de desprotección injustificada y socialmente calamitosas, pues el sentido natural de las cosas, la realidad social y una interpretación sistemática y finalista de la normativa aplicable, llevan a concluir necesariamente - como lo hizo acertadamente en esa época el seguro social al continuar admitiendo nuevas inscripciones de algunos trabajadores estatales con contrato de trabajo -, que tal regla en materia de adscripción no tiene un carácter meramente individual, sino institucional, y por tanto opera no solo respecto de empleados oficiales que venían afiliados al I.S.S. antes de la vigencia del Decreto en comento, sino también con relación a los trabajadores de empleadores públicos registrados en ese momento en el Instituto como patronos y que tenían afiliados colectivamente a sus trabajadores al mismo.

“Lo que en manera alguna estaba prohijado por la regulación de 1977, era que después del 17 de julio de dicho año, fecha de vigencia del Decreto 1950, el seguro social continuase aceptando inscripciones de nuevos contingentes de trabajadores oficiales provenientes de empleadores estatales no registrados en el I.S.S hasta ese momento, porque no existía ninguna base jurídica que lo permitiera.

“Los criterios aquí expuestos fueron ulteriormente plasmados en forma normativa en los artículos 28 y 57 del Acuerdo 044 de 1989 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios y aprobado por Decreto 3063 del mismo año. Relacionó el primero, dentro de los afiliados facultativos al I.S.S. a “los demás servidores del Instituto de

Seguros Sociales y los empleados de entidades oficiales del orden estatal que al 18 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el I.S.S.”; y ordenó el segundo la exclusión total del régimen de seguros sociales obligatorios, entre otros, a los “empleados oficiales y los funcionarios de la defensa nacional, con excepción de los inscritos por entidades registradas antes del 18 de julio de 1977, de conformidad con el artículo 134 del Decreto-Ley 1650 de 1977”.

“Idéntica solución adoptó, en obediencia del Decreto últimamente invocado, el artículo 1º del Acuerdo 049 de 1990, que encasilló dentro de los afiliados facultativos al seguro de invalidez, vejez y muerte, entre otros, a “los servidores de entidades oficiales del orden estatal (sic) que el 17 de julio de 1977 se encontraban registrados como patronos ante el I.S.S.”.

Por lo tanto, si una empresa oficial no afilió a sus trabajadores al Seguro Social, por no estar compelida legalmente a hacerlo, si lo hizo tan pronto como le resultó forzoso, por así exigirlo la Ley 100 de 1993, debe concluirse que esa afiliación no es tardía, ineficaz o incompleta, como lo explicó esta Sala de la Corte en la sentencia de la que se hizo mérito al responderse el primer cargo.”

Por lo mismo, el Tribunal no incurrió en error jurídico alguno, al concluir que la demandada solo estuvo obligada a realizar la afiliación de la actora al Sistema General de Pensiones, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y no antes. Resta decir que la discusión relacionada con el alcance de las afiliaciones tardías e incompletas fue analizada en el primer cargo.

El cargo es infundado.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte recurrente. Se estiman las agencias en derecho en la suma de TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE. (\$3.250.000.00).

XV. 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 el 19 de mayo de 2009 por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario laboral seguido por la señora GLORIA LUCERO FAJARDO GAMBOA contra la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO – EN LIQUIDACIÓN – y el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la parte recurrente. Las agencias en derecho se estiman en la suma de TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE. (\$3.250.000.00).

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

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS