

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Radicación No. 25220

Acta No. 13

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero del dos mil seis (2006).

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la ciudadana LARISSA PEREA VIVEROS, a través de apoderado judicial, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, el 22 de julio de 2004, dentro del proceso ordinario laboral que le promovió la recurrente a la sociedad COOPERADORES I.P.S. S.A.

ANTECEDENTES

La demandante pretende que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho, tales como la cesantía, intereses a la cesantía, vacaciones, primas, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, indemnización por haber sido despedida en estado de embarazo y la indexación correspondiente.

Como fundamento de sus pretensiones expresó que ingresó a trabajar para la demandada, como médica de la Unidad de Consulta Externa, desde el 2 de enero de 1995 hasta el 30 de octubre de 1998, fecha en que fue despedida injustamente, encontrándose en estado de embarazo; que, inicialmente, su salario era de \$740.000 y, al finalizar la relación laboral, se le cancelaba la suma de \$1'300.000; que desarrollaba la labor sometida a un horario de trabajo definido por la empresa; que fue despedida injustamente y en estado de embarazo, a pesar de haber informado oportunamente su estado a la entidad; que no le fueron canceladas las prestaciones sociales relacionadas anteriormente, a las cuales tiene derecho; que a pesar de que había firmado un contrato de carácter civil, se configuraron los elementos de un contrato de carácter laboral, el que

realmente existió entre las partes.

La empresa demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora. Con relación a los hechos manifestó que debían probarse. No propuso excepciones.

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali dirimió la primera instancia, mediante sentencia absolutoria de diecinueve (19) de noviembre de dos mil dos (2002).

Apeló la parte demandante y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, profirió fallo el 22 de julio de 2004, mediante el cual confirmó lo decidido por el juez a-quo.

En lo que interesa al recurso, el Tribunal expresó, que el meollo del asunto gira en torno a establecer si las partes realmente estuvieron vinculadas por medio de un contrato de trabajo o por uno civil de prestación de servicios independientes, como aflora de la documentación aportada; que en el presente caso, es claro, que la prestación de servicios de la demandante se demostró ampliamente con prueba documental y testimonial, que acredita que se desempeñó ampliamente como médica en consulta externa y, eventualmente, en el servicio de urgencias, cuando era requerida; que esa relación de trabajo que permite establecer la existencia de un contrato ficto con base en el Art. 24 del C.S. del T., la desvirtúa el contrato de prestación de servicios médicos profesionales celebrado entre la demandante y Cooperadores IPS. S.A.

Sostuvo el juez ad-quem, que la prueba testimonial referida a la declaración de los Médicos Víctor A. Benítez y Fabio Ayala, así como de la Auxiliar de Enfermería Luz Dary Caicedo, difiere en cuanto a los horarios cumplidos por la actora, según la demanda; que, además, tampoco permitió establecer los elementos reales de la subordinación jurídica, es decir, la facultad del empleador de dar ordenes e instrucciones sobre el objeto del contrato, lo que hubiese permitido establecer con certeza la subordinación definitiva del contrato de trabajo.

Agrega, que los interrogatorios efectuados a los testigos, se dirigieron a demostrar la existencia de un horario pre-establecido por la entidad para el cumplimiento de citas médicas otorgadas por la misma y en su propia sede, hechos que por sí mismos no dan certeza sobre la existencia de un contrato real de trabajo; que el cumplimiento de un horario determinado y la prestación del servicio en la sede de la demandada, también pueden ser elementos tipificantes de contratos civiles o comerciales y es normal que se presente en el cumplimiento de la actividad médica, sin que pueda predicarse que ello es determinante de subordinación; que sobre el tema de la subordinación es pertinente recordar lo considerado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación “No. 155.678 –sic-”, de la cual transcribe un aparte.

Por último, afirma que el reglamento de servicios médicos que debía cumplir la demandante, no constituye por sí mismo prueba determinante de la subordinación, puesto que se está frente a una actividad médica, profesión liberal cuyo ejercicio resulta trascendental para la vida humana, por lo cual se debe estar sometido a un reglamento médico en todo centro asistencial, sin que ello sea determinante de subordinación jurídica; que para establecerlo, debió traerse al plenario copia del reglamento citado, con el fin de fijar su alcance y contenido y deducir, con base en él, la subordinación jurídica cuya prueba se echa de menos, por lo que tal situación conlleva a que se debe respaldar la decisión apelada.

## EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por la parte demandante, admitido por la Corte, se procede a resolver.

## ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

El censor lo presenta así:

“Con la presente demanda de casación se pretende:

Que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, CASE TOTALMENTE la sentencia indicada, luego de lo cual, en Sede de Instancia:

REVOQUE la Sentencia de Primer Grado y en sustitución acceda a las pretensiones de la demanda, esto es, condenar a la empresa demandada a pagar a la demandante, las prestaciones sociales a que tiene derecho, la indemnización moratoria correspondiente y la indemnización por despido injusto y la que corresponde al estado de embarazo; proveyendo en costas de ambas instancias lo pertinente”.

Con tal propósito, por la causal primera de casación, formula dos cargos, que no fueron replicados, y que se estudiarán en el orden en que fueron propuestos.

### PRIMER CARGO

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 24 del C.S.T. y, en relación inmediata, con los artículos 22, 23, 34, 64 (mod. Ley 50/90 Art. 6° num. 3°), 65, 186, 236 (mod. Ley 50/90 Art. 34), 239 (mod. Ley 50/90 Art. 35 num. 1, 2, y 3), 249 y 306 del CST y, mediata, con los artículos 1, 5, 13, 14, 16, 18, 19, 21, 27, 43 y 55 de la misma codificación.

En la demostración del cargo se sostiene que el ad-quem interpretó erróneamente el artículo 24 del CST., por cuanto la presunción que contiene esa norma, la interpretó a favor de la demandada, porque el Tribunal concluyó que la presunción a favor de la demandante es desvirtuada por el contrato de prestación de servicios médicos, citando el objeto de dicho contrato que precisamente señala a cargo de la demandante una relación de trabajo personal; que el ad-quem incurre, debido a la equivocada interpretación de la norma referida, en una flagrante contradicción, de dar por demostrada la prestación del servicio personal pero no declarar la presunción de la existencia del contrato laboral, al considerar que el objeto del contrato de prestación de servicios, que precisamente señala la obligación de prestar el servicio personal, bajo una remuneración, supuestamente desvirtúa la presunción legal establecida en el artículo 24 del CST a favor de la demandante, cuando precisamente el objeto referido contenido en ese contrato denominado, de prestación de servicios, en vez de desvirtuar, lo que hace es fundamentar plenamente la procedibilidad de la declaración de dicha presunción.

### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En este cargo, orientado por la vía directa, se denuncia la interpretación errónea del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual se sostiene, en síntesis, que no obstante “(...) el ad quem al reconocer el supuesto de hecho que amerita declarar a favor de la demandante la presunción establecida en dicha norma, concluye equivocadamente que la presunción es a favor de la demandada al considerar que la presunción a favor de la demandante es desvirtuada por el contrato de prestación de servicios médicos, citando el objeto de dicho contrato que precisamente señala a cargo de la demandante una relación de trabajo personal, con lo cual incurre, debido a la equivocada interpretación de la norma referida, en un flagrante contradicción (...).(Fl. 18 cuad. Cas.).

Enseña la Corte que, cuando se acude a la mencionada senda para formular la acusación, la argumentación tiene que ser esencialmente jurídica, ya que es un imperativo para el impugnante someterse a las deducciones fácticas y probatorias del juzgador; como también que el concepto de vulneración de la Ley que se denuncia, se configura cuando aquél amplía o restringe el alcance de la norma, con prescindencia de la aludidas circunstancias.

Por lo tanto, basta con relacionar la argumentación para la demostración del cargo con lo antes precisado, para que se concluya que el censor no se ajusta a la técnica del recurso, porque su sustento radica en criticar la valoración que el Tribunal le dio a un medio de prueba y la conclusión a que con el mismo acogió. Motivo este suficiente para desestimar el ataque.

De otro lado, se observa que, con relación al artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en estricto sentido, el fallo gravado no contiene exégesis alguna, sino que para dilucidar la controversia y aplicarlo, partió, a la postre, de su tenor literal; esto cuando, después de referirse a la definición del contrato de trabajo, expresa:

“(...) Sin embargo, el legislador no impuso al trabajador – considerado la parte más débil de la relación jurídica – la obligación de demostrar todos los elementos tipificantes del contrato de trabajo y le basta con demostrar la relación de trabajo, para presumir con ella la existencia del contrato de tal naturaleza.

“En el caso de autos es claro, que la prestación de servicios de la demandante se demostró ampliamente con prueba documental y testimonial que acredita que se desempeñó como médica en consulta externa y eventualmente en el servicios de urgencias, cuando era requerida. Pero esta relación de trabajo que permite establecer la existencia de un contrato ficto con base en Art. 24 del C. S. del T., la desvirtúa (...)”. (Fl. 24 cuad. Trib.).

En consecuencia, el cargo se desestima.

## CARGO SEGUNDO

Se acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial POR APLICACIÓN INDEBIDA del artículo 24 del CST., y en relación inmediata con los artículos 22, 23, 34, 64 (mod. Ley 50/90 Art. 6º num. 3º), 65, 186, 236 (mod. Ley 50/90 Art. 34), 239 (mod. Ley 50/90 Art. 35 num. 1, 2, y 3), 249 y 306 del CST y mediata con los artículos 1, 5, 13, 14, 16, 18, 19, 21, 27, 43 y 55 de la misma codificación.

Afirma el censor que el cargo se formula por la vía indirecta, a causa del siguiente error manifiesto en que incurrió el Ad-quem:

“Reconocer que la demandante prestó un servicio personal a la demandada pero concluir, equivocadamente, que esta relación de trabajo personal que permitiría establecer la existencia de un contrato de trabajo con base en el artículo 24 del CST., quedaba desvirtuada con el contrato de prestación de servicios médicos suscrito entre las partes, contrato este que precisamente imponía a la demandante la prestación de un servicio personal a favor de la demandada y con el pago de una remuneración, por lo que dicho contrato en vez de desvirtuar la relación laboral, la confirmaba”.

Señala el recurrente que el error en que incurrió el Tribunal, ocurrió como consecuencia de haber apreciado mal el documento que contiene el contrato de prestación de servicios (folios 15-18) y los testimonios obrantes a folios 74, 75 y 81 de Víctor Benítez, Luz Dary Caicedo y Fabio Ayala,

y al no apreciar el documento de folio 14 o carta de despido y los documentos de folios 30-40, sobre el estado de embarazo y tendencia al aborto que presentaba la demandante por la época del despido.

En su demostración, expresa que es evidente la apreciación incorrecta que hizo el Tribunal del contrato de prestación de servicios, al considerar que desvirtuaba la presunción de la relación laboral a favor de la demandante, pues el objeto del contrato, lo que indica es la relación personal de trabajo bajo una remuneración que debía prestar la demandante al servicio de la demandada, con lo cual no se desvirtúa la relación laboral sino que por el contrario se reafirma.

Expone, que la mala apreciación del documento citado es más evidente, si se tiene en cuenta que las obligaciones referidas en el mismo, no son propias de un contratista; que en tal medio de prueba se establece una remuneración mensual por el servicio prestado, y que lo que salta a la vista es la simulación de la relación laboral, al observar la cláusula décima segunda de dicho contrato, que se denomina de “Autonomía Laboral”, a través de la cual, y con el fin de mimetizar al extremo la verdadera relación laboral, se plantea que “...el contratista no está obligado a recibir órdenes y no está obligado a cumplirlas...”.

Aduce, que los testimonios de Víctor Benítez, Fabio Ayala y Luz Dary Caicedo sirvieron de fundamento al Ad-quem para aceptar la prueba de la prestación del servicio personal, pero contradictoriamente no les da valor ni mérito en lo relacionado con la subordinación, no obstante que demuestran ese elemento típico del contrato laboral; que si el Tribunal hubiera apreciado correctamente las pruebas reseñadas como mal apreciadas, no hubiera cometido el error señalado y, por el contrario, hubiera concluido inequívocamente que entre las partes existió un verdadero contrato laboral, ya que la prestación del servicio personal que hacía presumir la existencia de dicho contrato, antes que desvirtuarse por el documento de contrato de prestación de servicios, lo que hacía era reforzar dicha presunción, por lo cual habría declarado a favor de la demandante sus derechos laborales y, sobre la base de los documentos visibles a folios 30-40 y la carta de despido visible a folio 14, hubiera decretado a su favor las indemnizaciones pedidas.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cuando se opta por la senda indirecta para formular la acusación, como sucede en este cargo, también lo tiene dicho esta Sala de la Corte, hay que enunciar el o los yerros fácticos que se le atribuyen a la sentencia gravada y las pruebas por cuya inapreciación o equivocada valoración incurrió en ellos.

Así mismo, esos medios probatorios, en casación laboral, están restringidos para demostrar errores de hecho, que además tienen que ser evidentes, a la confesión judicial, documentos y la inspección judicial.

Se hacen las anteriores precisiones porque, en primer lugar, al enunciarse el yerro fáctico que se atribuye al Tribunal, en estricto rigor, se está confundiendo el mismo con la valoración que éste hizo de una de las pruebas allegadas para decidir la controversia. Empero, la Sala entiende que el que se aduce como tal, es no haber dado por demostrado que entre las partes existió un contrato de trabajo, y no una relación de servicios independiente.

En segundo término, a pesar que el censor, de las pruebas calificadas en casación, relaciona el contrato que denomina de prestación de servicios, del que predica fue mal apreciado; la carta de despido y los documentos de folios 30-40 sobre el estado de embarazo y tendencia al aborto que presentaba la demandante para esa época, que señala como no valorados, lo cierto es que a la

postre centra todo su análisis argumentativo en el primer elemento probatorio mencionado, ya que, con respecto a las otras, se limita a exponer que, de haberlas apreciado, el Tribunal habría decretado a favor de la demandante las indemnizaciones por despido injusto y por fuero de maternidad, además de la sanción moratoria. Planteamiento este que, al ser ajeno al yerro fáctico que se debía demostrar, descarta de por sí que esas probanzas se tengan en cuenta con dicho objeto.

En consecuencia, la única prueba con referencia a la cual se debe definir el ataque, es la que el impugnante identifica como “el documento que contiene el contrato denominado de prestación de servicios (folios 15-18)”, porque la testimonial, a la que también se acude, no es idónea en casación laboral para estructurar un error fáctico, y solo sería posible examinarla si con aquella se diera por probado el mismo, con la connotación de manifiesto.

Por lo tanto, como la Sala encuentra que objetivamente el aludido documento indica que la prestación de servicios que ella regula se pactó en términos que no la hacían subordinada, no se le puede atribuir al Tribunal una equivocada apreciación de la misma y, mucho menos, que como consecuencia de ello haya incurrido en un yerro de la característica que permite la quiebra del fallo gravado, al concluir lo siguiente:

“(…) la existencia de un contrato ficto con base en el Art. 24 del C. S. del T., la desvirtúa el contrato de prestación de servicios médicos profesionales celebrado entre la demandante y Cooperadores IPS. S.A, por virtud del cual se comprometió a atender pacientes en consulta médica general y familiar, consulta externa, consulta médica general y familiar de urgencia, apoyos en cuidados intra- hospitalario médico o quirúrgico y en pequeña cirugía, que sea requerido y su remuneración la resultante de la sumatoria de facturas que presente la profesional durante el plazo convenido para la duración del contrato, honorarios calculados sobre la base de cuatro pacientes por hora, a razón de \$2.449,50 por paciente programado en el día y \$2. 551,50 en la noche y festivo (Fol. 15) (...)”.(Fl. 24 cuad. Trib).

A la valoración y deducción del juzgador no puede dársele ninguno de los calificativos antes mencionados, porque, se repite, el Tribunal acogió lo que en su literalidad expresa el documento y, por consiguiente, lo que del mismo objetivamente se desprende, lo que es corroborado con lo que aduce el censor para explicar el porqué fue mal apreciado, ya que lo que sostiene, haciendo alusión a algunas de sus cláusulas, es que él es prueba “(…) de la simulación o mimetización de la verdadera relación laboral (...)”, es decir, que admite que esa prueba, externamente, sí indica una relación contractual diferente a la que alega está oculta, y por ello lo que se debía acreditar es que, en la realidad, lo que aparecía como una prestación de servicios independiente, lo era subordinada, lo que no se logra con el mismo documento, al indicar éste lo contrario.

Lo antes comentado es lo que explica que, el Tribunal, luego de precisar que la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo la estimaba desvirtuada con la prueba a la que se viene aludiendo y examinar otras, transcriba parte de la providencia de esta Sala de la Corte en la que se reconoce que hay negocios jurídicos en que se dan elementos propios del contrato de trabajo, sin alcanzar, por falta del presupuesto de la subordinación, tal naturaleza.

En consecuencia, el cargo no prospera.

No se impondrán costas por el recurso, debido a que no se causaron, en razón a que no hubo réplica.

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 de fecha 22 de julio de 2004, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso ordinario laboral promovido por LARISSA PEREA VIVEROS contra la sociedad COOPERADORES I.P.S. S.A.

Sin costas en casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

CAMILO TARQUINO GALLEGO

MARÍA ISMENIA GARCÍA MENDOZA

CARLOS ISAAC NADER

LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

ISAURA VARGAS DÍAZ

Secretaria

El ataque se formula por la vía directa porque, dice, dados los supuestos de hecho de la norma que se estima violada, el ad quem no la aplicó, debiendo hacerlo, por lo que se reveló contra el mandato imperativo contenido en ella, incurriendo en la violación señalada

Para demostrar dicho cargo dice que el Tribunal encontró probados los siguientes supuestos de hecho:

Que el demandante cotizó hasta marzo de 1998 para efectos de su pensión de vejez.

Que cotizó más de 1250 semanas en total.

Que el ISS le reconoció pensión mediante resolución 00764 de 2 de marzo de 1998.

Que el demandante cumplió 60 años el 17 de octubre de 1991.

Que el demandante adquirió el derecho antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, como quiera que cumplió los 60 años el 17 de octubre de 1991.

Que, en consecuencia, debió ordenar la liquidación de la pensión como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, teniendo en cuenta como ingreso base para liquidar dicha pensión el promedio de lo cotizado durante toda su vida laboral, actualizado anualmente con base en la variación del IPC certificado por el DANE, lo anterior en concordancia con el artículo 21 de la citada Ley, que establece que se entiende por ingreso base para cotizar las pensiones, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado, durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del IPC certificado por el DANE y que, cuando el promedio del ingreso base ajustado por inflación calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador resulte superior al previsto en el cálculo de los 10 años, el trabajador podrá optar por este sistema siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo. (subrayas en el original).

Expone el censor que no obstante el ad quem optó, con base en los presupuestos que encontró probados, por aplicar la normatividad contenida en el Decreto 758 de 1990, o sea, la anterior a la Ley 100 de 1993, que no contemplaba la indexación o corrección monetaria del promedio de los salarios sobre los cuales debía cotizar el afiliado en las últimas 100 semanas de su vinculación al sistema.

Alega que para el caso en estudio la normatividad a aplicar era la del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por establecer esta norma que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de las personas que al momento de entrar en vigencia el nuevo sistema impuesto por esta ley tuvieran más de 35 años (mujeres) ó 40 años o más de edad (hombres), era la establecida en el régimen anterior, pero precisó que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de estas personas que les faltaran menos de 10 años para adquirir el derecho, sería el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en el IPC que expida el DANE.,(subrayas en el original). Que, como quiera que el actor al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 ya había cumplido los 60 años, por lo que ya había adquirido el derecho, forzoso era aplicarle, para efecto del ingreso base de liquidación de la pensión, el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo de su vida laboral, con la actualización señalada, a no ser que la liquidación de su pensión de dicha forma resultare menos favorable que la liquidada con base en la normatividad anterior.

Arguye que erró el sentenciador al no aplicar la normatividad que se estima violada, no obstante que los supuestos de hecho que ameritaban la aplicación de dicha norma, quedaron configurados y probados dentro del proceso respectivo, y que también erró, al no aplicar el artículo 141 de la ley 100 de 1993, no obstante que la pensión aunque fue causada antes de la vigencia de esta ley, sólo fue reconocida en marzo de 1998, cuando ya estaba en vigencia dicha ley, además de que dicho artículo 141, al establecer la moratoria por el no pago de mesadas pensionales, no se refiere únicamente a las que se causan en vigencia de dicha ley sino también de las pensiones causadas en vigencia del régimen anterior o que estén a la expectativa de consolidarse bajo el antiguo régimen, ya que su artículo 36 protege las pensiones de quienes están a la expectativa de consolidar su pensión bajo los parámetros del régimen anterior.

## SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial, por falta de aplicación, de los artículos 36 y 141 de la Ley 100 de 1993 y en relación inmediata con su artículo 21 y con el acuerdo 049 de 1990 emanado del ISS aprobado por el Decreto 758 del mismo año, artículos 13 y 20 parágrafo 2°.

El ataque se formula por la vía directa porque, dice, dados los supuestos de hecho de la norma que se estima violada, el ad quem no la aplicó, debiendo hacerlo, por lo que se reveló contra el mandato imperativo contenido en ella, incurriendo en la violación señalada. Para demostrar dicho cargo dice que el Tribunal encontró probados los siguientes supuestos de hecho:

Que el demandante cotizó hasta marzo de 1998 para efectos de su pensión de vejez.

Que cotizó más de 1250 semanas en total.

Que el ISS le reconoció pensión mediante resolución 00764 de 2 de marzo de 1998.

Que el demandante cumplió 60 años el 17 de octubre de 1991.



Que el demandante adquirió el derecho antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, como quiera que cumplió los 60 años el 17 de octubre de 1991.

Que en consecuencia, al aplicar la normatividad que regulaba el aspecto pensional anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, el acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, artículos 13 y 20 parágrafo 2°, debió al mismo tiempo tener en cuenta la corrección monetaria prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para los cálculos respectivos, en concordancia con el artículo 21 idem, ya que al momento de reconocer y liquidar la pensión, estaba vigente el nuevo régimen pensional contenido en la citada ley, no obstante haberse causado el derecho pensional en vigencia del régimen anterior, con lo cual se logra la equidad, ya que es inequitativo que el derecho pensional adquirido desde octubre de 1991, se liquide a marzo de 1998, sin reajuste o corrección monetaria, no obstante que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, vigente al momento del reconocimiento y liquidación, así lo ordena.

Alega que erró el ad quem al no aplicar la normatividad que se estima violada, no obstante que los supuestos de hecho que ameritaban la aplicación de dicha norma, quedaron configurados y probados dentro del proceso respectivo, y que también erró al no aplicar el artículo 141 de la ley 100 de 1993, no obstante que la pensión, aunque fue causada antes de la vigencia de esta ley, sólo fue reconocida en marzo de 1998, cuando ya estaba en vigencia dicha ley, además de que dicho artículo 141, al establecer la moratoria por el no pago de mesadas pensionales, no se refiere únicamente a las que se causan en vigencia de dicha ley sino también de las pensiones causadas en vigencia del régimen anterior, o que estén a la expectativa de consolidarse bajo el antiguo régimen, ya que su artículo 36 protege las pensiones de quienes están a la expectativa de consolidar su pensión bajo los parámetros del régimen anterior.

## LA RÉPLICA

El replicante simplemente manifiesta su oposición A LOS CUATRO cargos y lo que hace es prácticamente transcribir parte de las motivaciones del tribunal y parte del a-quo.

## SE CONSIDERA

Lo que el censor depreca es la aplicación al actor del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, del régimen de transición previsto inicialmente en la misma, con la consecuencia, en caso de prosperar el primer cargo, de condenar al pago de la pensión de vejez liquidada, teniendo en cuenta como ingreso base, el promedio de lo cotizado en los últimos diez años o en todo el tiempo si fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del IPC certificado por el DANE, más el pago de diferencias pensionales e intereses moratorios del artículo 141 de la misma Ley; y, en caso de ser el segundo el que prospere, que se le condene a reajustarle la pensión a partir de marzo de 1998, conforme al Acuerdo 049 de 1990 emanado del ISS, teniendo como ingreso base de liquidación de la pensión el promedio de lo devengado en las últimas 100 semanas, 1 de mayo de 1996 a 31 de marzo de 1998, pero actualizado anualmente, con base en la variación del IPC certificado por el DANE, dividiendo dicho promedio actualizado por cien y multiplicando por el factor 4.33, aplicando al valor obtenido el 90%, para obtener el valor de la primera mesada correspondiente. O, subsidiariamente, en este caso, reliquidando la pensión a partir del 17 de octubre de 1991 (cuando el actor cumplió 60 años de edad) con los parámetros de la normatividad referida, pero actualizado el promedio de lo devengado en las últimas 100 semanas, con la corrección monetaria correspondiente del 17 de octubre de 1991 a la fecha del reconocimiento de la pensión (2 de marzo de 1998), y este promedio dividirlo por 100 y multiplicarlo por el factor 4,33, aplicando el 90% al valor así obtenido para obtener el valor de la

primera mesada.

Mas no toma en cuenta el censor que la aplicación de los beneficios del régimen de transición, tenía como destinatarios a las personas que aún no habían cumplido todos los requisitos para pensionarse, mientras que el demandante los había llenado todos, en especial el de tiempo cotizado, por lo que acertadamente el Tribunal expresó en la sentencia:

“...lo que quiere decir que cuando comenzó a regir la ley 100 de 1993 el demandante ya tenía un derecho adquirido por estar consolidado el cumplimiento de la edad y el número mínimo de semanas cotizadas que exigía la normatividad anterior a la citada ley para la pensión de vejez, o sea, el acuerdo 049 de 1990...”

En la sentencia C-789 de 24 de septiembre de 2002 expresó la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del régimen de transición:

“ La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, **si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse en el momento del tránsito legislativo...**”

**“...las personas que cumplen los requisitos necesarios para hacer parte del régimen de transición no tienen un derecho adquirido a su pensión...”** (negrillas al transcribir).

El mismo censor reconoce en la demostración del cargo, que el Tribunal encontró probado que “El demandante adquirió el derecho antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993...”, supuesto con el cual forzosamente debía estar de acuerdo para poder acudir a la vía directa.

Luego, mal podía entonces reclamarse respecto del accionante la aplicación de aquel mecanismo especial de una ley posterior no aplicable a él, para efectos de modificar el sistema previsto por el Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Decreto 758 del mismo año), en lo concerniente a la determinación del monto y cuantía de su pensión. Como tampoco es admisible, so pretexto de equidad, modificar, mediante mecanismos indexatorios no previstos en dicho acuerdo, el sistema en él consagrado para obtener el valor de la primera mesada.

No encontrando la Corte violación alguna de la normatividad sustancial denunciada como dejada de aplicar por el Tribunal, es de declarar entonces que los dos primeros cargos no prosperan.

### TERCER CARGO

Acusa la sentencia impugnada por la causal primera de casación, por ser violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida, de los artículos 13 y 20 parágrafo 2° del Decreto 758 de 1990 aprobatorio del acuerdo 049 de 1990 emanado del ISS y del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Se formula el ataque por la vía indirecta enrostrando al ad quem el haber incurrido en los siguientes errores:

Establecer equivocadamente, como promedio del salario mensual base de cotización, la suma de \$279.734.70, cuando el promedio real es de \$295.462.61.

Este promedio equivocado, dice, condujo a establecer como primera mesada la suma de \$251.761.25, cuando en realidad el valor de la primera mesada corresponde a la suma de

\$265.916.35, valor éste que debe reajustársele con los incrementos de ley para los años subsiguientes.

El promedio equivocado condujo a establecer la diferencia pensional por el año de 1998 en la suma de \$538.467 cuando en realidad dicha diferencia asciende a la suma de \$708.328.20, más las diferencias reales debidas por los años subsiguientes.

No condenar, debiendo hacerlo, a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Señala que a estos errores fue conducido el ad quem al haber apreciado mal los salarios base de cotización por vejez durante las últimas 100 semanas, 1 de mayo de 1996 a marzo 31 de 1998.

Para demostrar el cargo, dice que el Tribunal calculó el salario mensual base de liquidación en la suma de \$279.734.70, como resultado del promedio de lo cotizado por vejez en las últimas 100 semanas, esto es, teniendo en cuenta las cotizaciones hechas del 1 de mayo de 1996 a marzo 31 de 1998. Que el cálculo correcto es el siguiente: los salarios de 1996 de mayo a diciembre ascienden la suma de \$2.030.112; los salarios de 1997 de enero a diciembre suman \$3.703.836; y los de 1998 de enero a marzo ascienden a \$1.089.669 (tomando como base en 1996 un salario mensual de \$253.764; en 1997 \$308.653 y en 1998 \$363.223) para una suma total de \$6.823.617, que dividida por 100, arroja un resultado de \$68.236.17 y multiplicado por el factor 4.33, da un promedio salarial de \$295.462.61 y no de \$251.761.25, que fue el que equivocadamente calculó el ad quem. Que, por lo tanto, la diferencia pensional con lo pagado por la demandada en 1998, que fue de \$206.889, asciende a la suma de \$708.328.20; y sobre la base de la primera mesada pensional de \$265.916.35 se deben pagar las mesadas pensionales anuales, con el reajuste de ley correspondiente y al mismo tiempo las diferencias por los años subsiguientes.

Afirma que con lo anterior queda demostrado que el Tribunal erró al aplicar los parámetros contenidos en el Decreto 758 de 1990 en el caso bajo examen, y que, igualmente, erró al absolver por los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no obstante que la pensión aunque fue causada antes de la vigencia de esta ley sólo fue reconocida en marzo de 1998, cuando ya estaba en vigencia dicha ley, además de que la norma del artículo 141 de la ley referida, cuando establece la moratoria por el no pago de las mesadas pensionales, no se refiere únicamente a las que se causen en vigencia de dicha ley, sino también de las pensiones causadas en vigencia del régimen anterior o que estén a la expectativa de consolidarse bajo el antiguo régimen, ya que su artículo 36 protege las pensiones de quienes están a la expectativa de consolidar su pensión bajo los parámetros del régimen anterior.

#### SE CONSIDERA

En tratándose de la demanda de casación, conforme al artículo 90 del CPTSS, en caso de que se estime que la infracción legal ocurrió como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, se citará éstas singularizándolas Y SE EXPRESARÁ QUÉ CLASE DE ERROR SE COMETIÓ.

Acá, se observa que el censor hace caso omiso de tal preceptiva y simplemente le endilga al ad quem la comisión de 4 “errores” sin concretar a cuál tipo de ellos se refiere.

Si en ejercicio de flexibilidad hermenéutica y por ausencia de la conceptualización propia del error de derecho, entendiera la Sala que se refiere el recurrente a errores de hecho, se observa que

tampoco es claro en cuanto a cuáles son las pruebas respecto de las cuales erige la acusación, pues sólo manifiesta que el Tribunal cometió tales errores “al haber apreciado mal los salarios base de cotización por vejez durante las últimas 100 semanas, 1 de mayo de 1996 a marzo 31 de 1998 (folios 9 y 10)”, y al analizar tales folios se percibe que los salarios antecitados allí no aparecen, luego, ante tal circunstancia, no es posible que se haya dado la específica mala apreciación denunciada.

Por otra parte, al estudiar los textos de los artículos 13, y párrafo segundo del Decreto 758 de 1990 aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990, no se encuentra real relación con la aplicación indebida endilgada.

En efecto, el artículo 13 de la citada norma dispone:

“ Causación y disfrute de la pensión por vejez. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

Y el párrafo segundo del artículo 20 antedicho, dispone que la integración de la pensión de vejez o de invalidez, de la que trata ese artículo 20, se sujetará a la tabla que contiene esa norma y la cual consagra que para 1.250 semanas o más el porcentaje será del 90 por ciento.

Es palmario que el ad quem en su fallo expresó que las últimas cien semanas del actor iban del 1 de mayo de 1996 a marzo 31 de 1998 “porque se tienen en cuenta hasta la última semana cotizada (artículo 13 Decreto 758 de 1990)” y, además, dejó claramente establecido que “el porcentaje de la pensión a aplicarse al salario mensual base del actor corresponde al máximo que es del 90% (párrafo 2º artículo 20 Decreto 758 de 1990)”, luego entonces mal puede enrostrársele aplicación indebida de tales normas con base en los presuntos errores cometidos.

Si los errores a los que se refiere el recurrente son simplemente aritméticos, es claro que sobre los mismos no es erigible un ataque en casación, pues el remedio para los mismos no es este recurso extraordinario sino el que el rito civil prevé a nivel del artículo 310.

En cuanto al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es claro que mal puede predicarse del mismo indebida aplicación cuando precisamente no se aplicó.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

#### CARGO CUARTO

Acusa la sentencia por la causal primera de casación, por interpretación errónea del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

El recurrente afirma que se formula por vía directa por haber el ad quem hecho interpretación errónea de la norma que se estima violada, ya que le dio un alcance restrictivo que no tiene y que la ley no establece por lo que al aprehenderla incorrectamente incurrió en la señalada violación.

Para demostrar el cargo transcribe el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y a continuación expresa que esta norma tiene un alcance extensivo y no restrictivo, ya que cuando se refiere a las “...mesadas pensionales de que trata esta ley...”, no se refiere solamente a las mesadas causadas en vigencia suya sino también a las que vienen del régimen anterior y que se incorporan a su normatividad a través del régimen de transición establecido en el artículo 36 de dicha ley.

Arguye que al concluir el Tribunal que los intereses moratorios sólo son aplicables con relación a pensiones causadas con posterioridad a su vigencia, incurre en un doble error de interpretación: uno, de darle un alcance restrictivo que la norma no contempla y, dos, incurrir en la contradicción de que la norma plantea intereses moratorios a partir del 1 de enero de 1994, pero el Tribunal concibe que sólo las pensiones causadas con posterioridad a su vigencia son a las que se les puede aplicar esta norma, no obstante haber entrado en vigencia la Ley 100 de 1993 a partir del 1 de abril de 1994, con lo cual se haría imposible que las pensiones que hayan surgido entre el 1 de enero de 1994 al 31 de marzo del mismo, pudieran ser objeto de la aplicación de esta norma. Dice que sería antijurídico que la propia norma hubiera caído en semejante contradicción.

Indica que si el Tribunal hubiera hecho una interpretación extensiva y no restrictiva de la norma, habría concluido sin hesitación que la misma procedía para el caso presente y por lo tanto habría condenado a los intereses moratorios previstos en esa norma, por cuanto aceptó que la demandada debía efectivamente montos pensionales desde marzo de 1998.

#### SE CONSIDERA

Respecto del tema de los intereses moratorios, contemplado en los cuatro cargos, es de señalar que aunque se concluyera que el ad quem incurrió en la interpretación errónea que se le endilga al estimar que por tratarse de una pensión adquirida antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 aquéllos no son aplicables al caso, el cargo no podría prosperar porque ya la Sala ha indicado que, en tratándose de diferencias pensionales derivadas de reajustes, no hay lugar a intereses moratorios.

En sentencia de 3 de septiembre de 2003, rad. 21027 se dijo:

“Además, ha sostenido esta Corporación que los intereses moratorios “...sólo proceden en el caso que haya mora en el pago de las mesadas pensionales, pero no cuando, como en este asunto ocurre, lo que se presenta es un reajuste a las mismas por reconocimiento judicial” (Rad. 13717 – 30 de junio de 2000), argumento este plenamente aplicable a este caso, pues la condena consistió en “los reajustes pensionales causados por su liquidación equivocada, actualizados anualmente a partir del 1º de enero de 1998, atendiendo el I.P.C. certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.”.

Cabe señalar que el criterio mayoritario de la Sala Laboral actualmente es el registrado en la sentencia 23113 de 5 de octubre de 2004, (precisada en la 23159 de 20 de octubre de 2004) en la cual se señaló:

“...emerge la improsperidad de los aludidos intereses moratorios, pues el criterio mayoritario de la Sala a partir de la sentencia citada por la censura (28 de noviembre de 2002, radicación No. 18273), es que dichos intereses se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción íntegra de la Ley 100 de 1993, pues no obstante lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 601 del 24 de 2000 al declarar exequible el mencionado artículo 141, para la Corte esa disposición solamente es aplicable en el caso de mora en el pago de pensiones causadas con posterioridad a la vigencia de la ley de Seguridad Social y que sean reconocidas con fundamento en la normatividad integral de la misma, y no, como ocurre en este caso, en virtud a la Ley 33 de 1985.”

“Por consiguiente, y teniendo en cuenta que la pensión concedida al demandante no es con

sujeción integral a la Ley 100 de 1993, no había lugar a condenar al pago de los intereses moratorios que consagra tal ley en su artículo 141 que claramente dispone: “(...) en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley (...)”.

Como se dijo, esta pensión no se deriva del régimen de transición, por no ser este aplicable al actor, luego la preceptiva del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde esta óptica, tampoco le es aplicable.

Es claro entonces que el cargo no prospera.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo del recurrente.

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 18 de junio de 2003 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali -Sala Laboral dentro del juicio ordinario laboral adelantado por RAFAEL CELY CELY en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-.

Costas en el recurso extraordinario a cargo del recurrente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

CARLOS ISAAC NADER

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO

ISAURA VARGAS DÍAZ

MARÍA ISMENIA GARCÍA MENDOZA

Secretaria

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior  
n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024



logo