

Radicación No. 13336

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: Fernando Vásquez Botero

Radicación Nro. 13336

Acta Nro. 28

Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil (2000)

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de HÉCTOR ARMANDO PINEDA CAÑAS contra la sentencia del 15 de julio de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio que el recurrente le promovió al BANCO POPULAR.

#### ANTECEDENTES

Héctor Armando Pineda Cañas demandó al Banco Popular, para que, previos los trámites de un Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia, se le condene al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la que tiene derecho, a partir del 29 de diciembre de 1997 en la cuantía establecida en la ley, con su correspondiente corrección monetaria, las primas adicionales y reajustes de cada anualidad.

Los hechos que le sirven de sustento al demandante para sus reclamaciones, son: que se vinculó al servicio del Banco demandado el 5 de diciembre de 1958, en el cargo de mensajero de correspondencia, con un sueldo de \$120.00 mensuales; que laboró desde dicha fecha en forma permanente y sin solución de continuidad hasta el 31 de enero de 1991, siendo su último empleo el de secretario de oficina, con una asignación básica de \$119.236.00; que presentó renuncia voluntaria, la cual le fue aceptada a partir del día 14 de enero de 1991; que siempre ostentó la calidad de trabajador oficial, vinculado a la entidad mediante contrato de trabajo; que después de su desvinculación de la entidad bancaria demandada no volvió a ingresar al servicio de otro empleador del sector público o privado; que a la fecha de su retiro el Banco Popular era una sociedad de economía mixta del orden Nacional, dado que su privatización fue dispuesta mediante el Decreto 1118 del 29 de junio de 1995; que el 21 de noviembre de 1996, la Nación enajenó las acciones que tenía en dicha institución, lo que lo convirtió en empresa bancaria del sector privado; que cumplió los 55 años de edad el 29 de diciembre de 1997, pues nació en ese mismo día y mes del año 1942; que por haber cumplido los 55 años de edad y laborar más de 20 años al servicio del Banco Popular, adquirió el derecho a la pensión vitalicia de jubilación, al tenor de lo dispuesto por las normas vigentes sobre este materia para los servidores públicos del orden Nacional, a la fecha de su retiro definitivo del Banco; que dicha pensión es equivalente al 75 % del promedio salarial mensual durante el último año de servicios, según lo establecido en la ley 33 de 1985, el cual debe ser actualizado al mes de diciembre de 1997; que en el mes de septiembre de 1997 le reclamó al Banco Popular el reconocimiento de su pensión, a lo que se le respondió que no tenía derecho a la pensión de jubilación referida en la ley 33 de 1985, sino a la de vejez cuando cumpla los 60 años de edad, la cual le debe ser concedida por el Instituto de Seguros Sociales, dado que la entidad demandada como empresa del sector privado no está sometida a las normas que rigen para el sector público.

La demanda se contestó con oposición a las pretensiones, no obstante de aceptarse la relación contractual laboral, último cargo desempeñado y la remuneración. Las razones de la defensa se hacen consistir básicamente en que a la fecha de desvinculación del actor, éste no tenía un derecho cierto e indiscutible a la pensión de jubilación, sino una mera expectativa de adquirirlo; y que cuando cumplió los 55 años de edad el empleador era una entidad privada que en materia de jubilación está sometida a las normas generales de la ley 100 de 1993 y las reglamentaciones especiales dictadas por el I.S.S. Como excepciones, se formularon: "Prescripción" e "Inexistencia de la obligación".

Mediante sentencia del 25 de mayo de 1999, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, absolvió al Banco demandado de todas las pretensiones. Apelada tal decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con providencia del 15 de julio de 1999, la confirmó, para lo cual, en cuanto al recurso extraordinario interesa, en síntesis, expuso:

1) Que del escrito de demanda y las demás piezas procesales que conforman la defensa de la entidad accionada, se encuentra que el actor como trabajador oficial que era, y durante la relación laboral, estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, dado que esos hechos los confiesa el demandante en los fundamentos de derecho del escrito demandador (fl 3 y 4), se reafirma en la sustentación del recurso (fl 51 a 54), y se esgrime como defensa en la contestación de la demanda; que por lo tanto, la situación jurídica del accionante como afiliado al régimen de seguridad social, debe tenerse en cuenta para definir si después de la afiliación al I.S.S., éste se subrogó legalmente en el derecho pensional en favor de la entidad demandada, cuya eventualidad puede impedir la aplicación de la ley 33 de 1985.

2) Que según los artículos 72 y 76 de la ley 90 de 1946, 193 -2, 259 -2 del C.S. del T., consagraron que las prestaciones sociales a cargo de los empleadores, entre ellas, la pensión de jubilación, dejaría de estar a cargo de aquellos cuando el I.S.S. asuma de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicho instituto expedirá; que dicha ley, en su artículo 76, había definido que la pensión de vejez reemplazaría a la pensión de jubilación, con lo que se comenzaba a predicar los principios de unidad, universalidad y eficiencia; que en desarrollo de aquellas preceptivas, surgieron los acuerdos 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de 1966, el 004 de 1989 aprobado por el Decreto 3063 de igual año, el Decreto 433 de 1971, el Decreto 1650 de 1977 y 433 de 1971, que obligaron la afiliación para los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional para los trabajadores que prestaran sus servicios a entidades o empresas de derecho público, entre ellas a los de las sociedades de economía mixta como en el caso del Banco Popular que lo fue hasta su privatización por virtud del Decreto 1118 de 1995.

3) Que en virtud de aquella normatividad fue que el ente demandado afilió al reclamante a la seguridad social, quedando definida su protección en los aludidos riesgos a través del I.S.S., hecho no discutido por el mismo actor en su demanda, en la que dice tener más de 1000 semanas cotizadas para el riesgo de vejez.

4) Finalmente concluye el Tribunal **"que el hecho de haber estado afiliado el demandante a la seguridad social durante su relación laboral que cobijó el extremo entre el 5 de diciembre de 1958 y el 13 de enero de 1991, y que esta afiliación se cumplió por el obediencia que tuvo la entidad de crédito a las disposiciones en comento, es suficiente para que se llegue a la convicción, de que en este caso no es procedente la aplicación de la ley 33 de 1985, que desde luego su campo de acción está frente a trabajadores que no hubieren sido afiliados al Instituto de Seguros Sociales, con acogimiento de las normas que de la seguridad social se**

**apuntaron, habiéndose presentado el fenómeno de la subrogación; sin que pueda operar a favor del actor la transición que predicó conforme al art. 36 de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios".**

## EL RECURSO DE CASACION

Fue interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por esta Corporación, que procede a resolverlo previo el estudio de la demanda que lo sustenta y su réplica.

Al fijar el alcance de la impugnación el recurrente indicó:

"Con el presente recurso me propongo obtener que la H. Corte Suprema de Justicia CASE TOTALMENTE la sentencia impugnada para que, en la sede subsiguiente de instancia, REVOQUE el fallo de primer grado y, en su lugar, CONDENE al BANCO POPULAR a reconocer y pagar a HÉCTOR ARMANDO PINEDA CAÑAS la pensión de jubilación solicitada en la demanda".

Con fundamento en la causal primera de casación laboral, el impugnante le formula a la sentencia controvertida dos cargos, ambos por la vía directa, uno por aplicación indebida y, el otro, por interpretación errónea, los que se estudiarán conjuntamente por tener similar proposición jurídica y perseguir el mismo objetivo.

### PRIMER CARGO

"La sentencia acusada es directamente violatoria, en la modalidad de aplicación indebida, de los preceptos legales sustantivos y de alcance nacional contenido en los artículos 72 y 76 de la ley 90 de 1946, 21 de la ley 72 de 1947, 4°, 19, 193 y 259 del C.S.T., 8° de la ley 171 de 1961, 1° del Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales (1° del Decreto 3041 de 1966), 75 del Decreto 1848 de 1969, 2° del Decreto ley 433 de 1971, 1°, 6°, 7°, 8°, 133 y 134 del Decreto 1650 de 1977, 1° y 13 de la ley 33 de 1985, 7°, 9° y 11 de la ley 71 de 1988, 28 y 57 del Acuerdo 044 de 1989 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios (1° del Decreto 758 de 1990), 37 de la ley 50 de 1990, 11, 36, 288 y 289 de la ley 100 de 1993, 1°, 3° y 6° del Decreto 813 de 1994, 1° del Decreto 1160 de 1994, 21 del Decreto 1118 de 1995, 1° del Decreto 2143 de 1995, 48 y 53 de la Constitución Política, 8° de la ley 153 de 1887, 1613, 1614, 1626, 1649, 1666, 1668 del C.C., 178 del C.C.A., 831 del Co de Coa., 145 del C.P. del T. y 307 y 308 del C.P.C.".

### DEMOSTRACION DEL CARGO

Plantea el recurrente: que en virtud a su acusación planteada vía directa, no controvierte ninguno de los supuestos de hecho que dio por demostrados el Tribunal, como lo son: la calidad de trabajador oficial del demandante, los servicios prestados al Banco por más de 20 años hasta el 13 de enero de 1991, que tiene cumplidos los 55 años de edad, y que durante su vinculación a la entidad bancaria demandada estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales para el riesgo de vejez, contando con más de 1000 semanas cotizadas; que al expedirse la ley 33 de 1985 el legislador no ignoraba que existían trabajadores oficiales afiliados al I.S.S. y, por ende, no excluyó del beneficio allí establecido a tales servidores, lo que hace manifiestamente ilegal la exclusión que infirió el Tribunal, en la medida en que las excepciones a los beneficios o prestaciones generales deben estar taxativamente dispuestas en la ley; que al concluir el sentenciador de la segunda instancia que el actor no estaba cobijado por el beneficio consagrado

en el artículo 1° de la ley 33 de 1985, hizo de este precepto, así como de los restantes que se citan en la proposición jurídica, una clara aplicación indebida, dado que le dio a la norma un alcance distinto al fijado por el legislador, apartándose de los derroteros señalados por la Sala de Casación laboral en la sentencia del 29 de julio de 1998 - radicación 10803.

## LA REPLICA

Para aduce el opositor: que cuando la entidad Bancaria demandada se privatizó, el actor no tenía aún un derecho adquirido, esto es, a la pensión de jubilación, y por lo mismo ese aspecto de la privatización que produce efectos ipso jure hace imposible jurídicamente la aplicación de una ley propia del sector oficial cuando el requisito de la edad se cumplió siendo el banco de carácter privado.

## SEGUNDO CARGO

"La sentencia acusada es directamente violatoria, en la modalidad de interpretación errónea, de los preceptos legales sustantivos y de orden nacional contenidos en los artículos 1° y 13 de la Ley 33 de 1.985 y en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1.946, 21 de la Ley 72 de 1.947, 4°, 193 y 259 del C.S.T., del C.S.T., 1° del Acuerdo 224 de 1.966 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales (1° del Decreto 3041 de 1.966), 75 del Decreto 1848 de 1.969, 2° del Decreto Ley 433 de 1.971, 1°, 6°, 7°, 8°, 133 y 134 del Decreto Ley 1650 de 1.977, 7°, 9°, y 11 de la Ley 71 de 1.988, 28 y 57 del Acuerdo 044 de 1.989 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios (1° del Decreto 3063 de 1.989), 1° y 16 del Acuerdo 049 de 1.990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios (1° del Decreto 758 de 1.990), 37 de la Ley 50 de 1.990, 11, 36, 288 y 289 de la Ley 100 de 1.993, 1°, 3° y 6° del Decreto 813 de 1.994, 1° del Decreto 1160 de 1.994, 21 del Decreto 1118 de 1.995, 1° del Decreto 2143 de 1.995, 48 y 53 de la Constitución Política. La infracción legal anteriormente anotada produjo, como consecuencia, la aplicación indebida de los artículos 19 del C.S.T., y 8° de la Ley 153 de 1.887, 1613, 1614, 1626, 1649, 1666 y 1668 del de C.C., 178 del C.C.A., 831 del Co. de Co., 145 del C.P. del T. y 307 y 308 del C.P.C."

## DEMOSTRACION DEL CARGO

Acorde con la vía de ataque seleccionada, el censor manifiesta no controvertir ninguno de los supuestos de hecho que dio por establecidos el Tribunal, consistentes en: el carácter de trabajador oficial del actor, la prestación de sus servicios al Banco por más de 20 años hasta el 13 de enero de 1991, que tiene cumplidos 55 años de edad y que durante su vinculación a la entidad bancaria demandada estuvo afiliado al I.S.S. para el riesgo de vejez con más de 1.000 semanas de cotización.

Teniendo en cuenta lo anterior, se plantea que al expedirse la Ley 33 de 1985, el legislador de ese año no ignoraba que existían trabajadores oficiales afiliados al I.S.S. y, de otra parte, que el artículo 1° de la citada ley no excluyó del beneficio allí establecido a ese tipo de trabajadores que estuvieran afiliados al Seguro Social; que en ese contexto resulta evidente que la interpretación del artículo 1° de la referida ley, permite concluir que tal precepto cobija al actor en su condición de trabajador oficial retirado del servicio en 1991, no obstante su condición de cotizante al I.S.S.. En apoyo de su argumentación, el recurrente transcribe algunos apartes de la sentencia del 29 de julio de 1998, proferida por esta Corporación.

Concluye afirmando el recurrente que al inferir el sentenciador de alzada la exclusión del actor respecto del beneficio consagrado en el artículo 1° de la ley 33 de 1985, interpretó erróneamente

este precepto, así como los demás que se citan en la proposición jurídica; pues el genuino sentido que ha debida dársele a la norma aludida, tenía que haber sido reconociendo la pensión de jubilación en favor del actor solicitada en la demanda inicial del proceso.

#### LA REPLICA

En relación con este cargo, el opositor manifiesta expresamente que da por reproducidos los mismos argumentos y razones que se expusieron al oponerse a la primera acusación.

#### SE CONSIDERA

El aspecto que suscita controversia frente al fallo del alzada cuestionado, y que expone el impugnante a través de la demanda de casación, se reduce al régimen pensional que le es aplicable al promotor del proceso, pues a su juicio el sentenciador de segundo grado dirimió la litis dentro de un marco normativo que no le corresponde al caso particular y concreto objeto de estudio, cuando concluyó que por haber estado afiliado el actor al Instituto de Seguros Sociales operó la subrogación de tal prestación, no obstante que el precepto que lo cobijaba como trabajador oficial, era el artículo 1° de la ley 33 de 1985.

Para dilucidar el anterior cuestionamiento y proceder a despachar los cargos, se tiene como presupuestos fácticos incontrovertibles por las partes y que dio por establecidos el Tribunal, los siguientes: que el gestor del proceso en efecto laboró para la entidad bancaria demandada del 5 de diciembre de 1958 al 13 de enero de 1991, esto es, por espacio de más de 20 años; que cuando se desvinculó de la entidad ella era una sociedad de economía mixta y ostentaba la calidad de trabajador oficial; que cuando cumplió el requisito de los 55 años de edad para obtener la pensión de jubilación (diciembre 29 de 1997), ya el Banco Popular había sido privatizado; que durante la relación laboral al servicio de la demandada estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; que tiene más de 1000 semanas de cotización.

Planteada la situación así, para la Corte resulta perfectamente claro inferir que el régimen legal aplicable y que ha debido tenerse en cuenta en el asunto aquí debatido, es aquel que gobierna la pensión de jubilación del sector público y no la del sector privado, porque aquélla era la vigente al momento en que el actor hizo dejación de su cargo después de prestar sus servicios por más de 20 años, no obstante a que para la fecha en que cumplió los 55 años de edad, a la entidad Bancaria demandada le eran aplicables las disposiciones del sector privado en virtud a su privatización. Y ello por cuanto, esa condición de trabajador oficial que ostentó este servidor público hasta el momento mismo de su retiro de la entidad, no es susceptible de modificación por posteriores cambios en cuanto a la naturaleza jurídica de la institución, tal y como lo precisó la Corporación en sentencia del 10 de noviembre de 1998 - radicación 10876, frente a una controversia de similares circunstancias de hecho y de derecho, en la que se dijo:

"De modo, pues, que si el demandante durante su prestación de servicios tuvo la condición de trabajador oficial, no es posible desconocerle ese carácter so pretexto que para la fecha en que cumplió los 55 años, enero 6 de 1993, el banco demandado estaba sometido al derecho privado y, por ende, es un trabajador particular, lo que es inadmisibile ya que sería más que ilógico que si en el lapso que estuvo vinculado nunca tuvo tal condición, la adquiriera casi 7 años después de que dejó de laborar".

En ese mismo orden de ideas, al ser inmutable la calidad de trabajador oficial del demandante para la fecha en que terminó la relación laboral, el marco normativo que disciplina el aspecto relacionado con la pensión de jubilación reclamada con ocasión de esos servicios prestados, lo es la ley 33 de 1985, que fija, en su artículo primero, como supuestos de hecho para acceder a tal prestación, el haber servido veinte años continuos o discontinuos y cumplir los 55 años de edad, los cuales cumplió a cabalidad el accionante, y que, se repite, no son objeto de debate en este juicio, como quedó visto con precedencia.

Adicionalmente, si rememoramos lo previsto en el inciso primero del párrafo 2° del artículo anteriormente citado, en cuanto establece que **"para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley "**, con mayor razón habría de concluirse que la edad de jubilación para el actor era la de los 55 años, dado que cuando entró a regir la ley 33 de 1985 ( 29 de enero de 1985), aquél llevaba más de 15 años de servicios, circunstancia esta que permitía ubicarlo dentro de los postulados del artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 o del artículo 1° del Decreto 1848 de 1969, que para efectos de la edad tiene una exigencia igual a la de la ley 33 ya aludida.

Ahora bien, en lo que atañe con la incidencia de haber estado el trabajador afiliado al Instituto de Seguros Sociales para efectos de determinar si fue acertada la decisión del ad quem en cuanto concluyó que en el sub judice se presentó el fenómeno de la subrogación respecto a la pensión de jubilación reclamada, también debe recordarse lo que la Corte expuso en sentencia del 29 de julio de 1998, radicación número 10803, reiterada inclusive en la de noviembre 10 de ese mismo año, radicación 10876, en la que luego del análisis de un caso de similares características al que ocupa la atención de la Sala, se dijo:

"(...)Independientemente de la suerte fallida del conjunto de la acusación, estima la Corte pertinente, en desarrollo de su objetivo legal de uniformar la jurisprudencia, precisar por vía de doctrina el tema de fondo planteado en el recurso de casación y corregir algunos planteamientos jurídicos del Tribunal.

"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 ibídem 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.'

"Derecho a pensión plena de jubilación de trabajadores oficiales.

"Dada la situación caótica de diversidad de regímenes en el sector público y de entes encargados del pago de pensiones, tuvo el legislador de 1985, entre otros propósitos, los de unificar en principio la normatividad entonces vigente, acercarla a los postulados de un sistema contributivo, abolir las diferencias por sexo y canalizar en lo posible el reconocimiento y pago de dicha prestación a través de la Caja Nacional de Previsión Social o de las otras cajas de previsión del sector oficial existentes.

"A partir de su vigencia, la Ley 33 de 1985 instituyó el derecho a la pensión plena de jubilación en favor de los trabajadores oficiales, que hubieren servido veinte años continuos o discontinuos al Estado y llegaren a la edad de cincuenta y cinco años, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes del último año de servicios.

"Empero, en cuanto a los requisitos para devengar la pensión, dejó a salvo los preexistentes de quienes trabajaren en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, de los que legalmente disfrutaren de un régimen legal de pensiones, de quienes a la fecha de la vigencia de la Ley hubieren cumplido quince o más años de servicio y de quienes con veinte años de servicios estatales estuviesen retirados del servicio oficial, preservándoles a todos el imperio de las disposiciones sobre edad de jubilación anteriormente vigentes.

"De modo que como se advirtió al principio de las consideraciones de la Corte, en casos como el que ocupa ahora la atención de la Corporación, de un trabajador oficial, afiliado y cotizante del Instituto de Seguros Sociales, pero no aportante para efectos de la prestación en comento de ninguna 'caja de previsión social', retirado del servicio oficial en 1991, es el artículo primero de la Ley 33 de 1985 la disposición legal sustancial que regula el derecho pretendido.

"III. Entidad obligada al pago de la pensión de jubilación.

"Desde 1948, en desarrollo de la previsión contenida en el artículo 21 de la Ley 72 de 1947, asignó a la Caja Nacional de Previsión Social las obligaciones de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de empleados del Estado del orden nacional, 'a la cual estén afiliados, en el momento de retirarse del servicio oficial, si es el caso'. Pero igualmente previó que el empleado no estuviere adscrito a una caja o Institución de Previsión Social, evento en el cual correspondería la cancelación de tales obligaciones a la entidad oficial que fungía como patrono.

"Dando un gran salto histórico, similar regulación se halla en el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, al ordenar que para los trabajadores afiliados a una caja o entidad de previsión se pagará por la respectiva entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al momento de cumplir 'el tiempo de servicios requerido por la Ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad requerida para tal fin o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo de retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión'. Previo así mismo el numeral segundo ibídem que si no estuviere afiliado a ninguna entidad 'de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa empleadora'.

"Aunque, como se observó antes, las diversas disposiciones comentadas, y especialmente la Ley



33 de 1985, trataron de sentar el principio básico de encauzar el pago de este beneficio a través de entidades especializadas en ese servicio público, todas ellas previeron la posibilidad que ese derrotero no se cumpliera por algunas de las entidades públicas, evento en el cual debían ellas asumir directamente la obligación jubilatoria.

"Para los efectos de la Ley en comento y de casos como el ahora examinado por la Sala, saber si el I.S.S. puede o no reputarse 'caja o entidad de previsión' debe necesariamente acudir a las voces del artículo 13 de la Ley 33 de 1985 que precisa qué se entiende por entidades de esa clase, para los efectos de su aplicación, así:

'Para efectos de esta Ley, se entiende por cajas de previsión las entidades del orden nacional (...) que, por Ley, reglamento o estatutos tengan, entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualesquiera de dichos órdenes'.

"Importa rememorar que en la evolución y la doctrina de la seguridad social colombiana, y aun iberoamericana, las 'cajas o entidades de previsión' constituyen un estadio anterior al sistema de seguros sociales; tuvieron origen y desarrollo en el sector público para cubrir ciertas prestaciones, principalmente pensiones de empleados oficiales; en principio no siguieron las reglas del sistema contributivo, dado que al menos hasta la Ley 33 de 1985, la fuente del derecho a la jubilación en ese entorno conceptual, no eran los aportes de los trabajadores (que en estricto sentido generalmente no existían para jubilación) sino el tiempo de servicios. De ahí porqué la locución contenida en la normativa comentada alusiva a ese tipo de entidades de previsión social, a diferencia de lo que para sus propios efectos dispuso ulteriormente la Ley 71 de 1988, no es comprensiva, para los fines de la Ley 33, del Instituto de los Seguros Sociales, que actúa bajo postulados filosóficos y jurídicos distintos, que por suficientemente conocidos sobra reiterar.

"Ya se anotó que el conjunto normativo aplicable al I.S.S., permite colegir que dicho Instituto, creado por la Ley 90 de 1946, está facultado para afiliar empleados oficiales (Decreto 433 de 1971, Decreto 1650 de 1977, Acuerdo 044 de 1989 y Acuerdo 049 de 1990), en los casos específicos mencionados con antelación. Mas, para los efectos del artículo 1° de la Ley últimamente invocada, si bien un trabajador oficial de una empresa, como la aquí demandada, pudo haber estado inscrito en el seguro social, no debe entenderse afiliado a una caja de 'previsión social', con la connotación específica que esta expresión tiene en la seguridad social y en la Ley 33 de 1985.

"Adicionalmente, mal podría el Instituto de Seguros Sociales, como lo entendió equivocadamente el Tribunal, pagar pensiones a trabajadores oficiales a una edad distinta a la contemplada en sus propios reglamentos (art. 8° Decreto 1650 de 1977). Sólo a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es ello posible respecto de quienes estén amparados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la misma.

"En consecuencia, es equivocada la hermenéutica y conclusión del ad quem, pues en casos de trabajadores oficiales amparados por la Ley 33 de 1985, afiliados al I.S.S., pero no a una caja o entidad de previsión social, la pensión legal de jubilación contemplada en el artículo 1° de esta Ley, debe ser reconocida y pagada en principio por la última entidad empleadora, como lo dispone el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969; pero como tanto el trabajador como el Estado efectuaron los aportes respectivos al I.S.S., para el seguro de invalidez, vejez y muerte, una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones estatuidos en los reglamentos del Instituto, debe este organismo otorgar la correspondiente pensión de vejez, y desde ese momento en adelante estará a cargo del empleador oficial sólo el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de

jubilación primigenia, con sus reajustes, y el monto de la prestación pagada por el seguro social".

Como consecuencia de todo lo anterior, el Tribunal violó las disposiciones legales relacionadas en los cargos y concretamente a las que se hace alusión en esta providencia, al concluir que por el hecho de haber estado afiliado el demandante al Instituto de Seguros Sociales, tal entidad de seguridad sustituyó al banco demandado en el pago de la pensión de jubilación que a través del presente proceso se reclama.

De otra parte, ha de agregar la Sala que la afiliación del demandante al Instituto de Seguro Social conlleva necesariamente el efecto que se precisó en la sentencia de la Corte cuyo aparte ya quedó transcrito con anterioridad, en cuanto se expresa: "**(...) pero como tanto el trabajador como el Estado efectuaron los aportes respectivos al I.S.S., para el seguro de invalidez, vejez y muerte, una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones estatuidos en los reglamentos del Instituto, debe este organismo otorgar la correspondiente pensión de vejez, y desde ese momento en adelante estará a cargo del empleador oficial sólo el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de jubilación primigenia, con sus reajustes, y el monto de la prestación pagada por el seguro social**".

Es de advertir que en la providencia que se trajo a colación, queda claramente explicado y definido por qué la demandada en este asunto, que es la misma a la cual el actor le prestó sus servicios, así desde el punto de vista legal se riga por otra normatividad, está obligada a reconocerle y pagarle la pensión de jubilación que aquél reclama a través de este proceso, como también qué consecuencia trae para la ex empleadora el hecho que lo hubiese tenido afiliado al ISS para el riesgo de vejez.

Y lo anterior implica que desde ahora la Corte deba precisar las pautas ha tener en cuenta para tasar la pensión de jubilación que por haberla negado el Tribunal impone la quiebra del fallo recurrido.

De acuerdo con el escrito de demanda que dio inició a este proceso, la pensión de jubilación pretendida se reclama "(...)en una cuantía equivalente al 75% del promedio mensual de sus ingresos salariales durante el último año de servicios, actualizados a la fecha de cumplimiento de los requisitos". (Cdn, insts., fl. 5).

Empero, ocurre que los términos de la transcrita petición están en contradicción con uno de los "fundamentos de derecho" que se exponen en el escrito demandador, en el que se expresa:

"H) Para no reconocer la pensión, el Banco Popular sostiene que por haberse convertido en una entidad de carácter particular sus trabajadores no tienen derecho a acceder a la pensión de jubilación de que trata la ley 33 de 1985, pero en cambio y por esa misma razón pueden pretender el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS como organismo que subrogó en esa pensión a los empleadores de dicho sector. Este argumento es equivocado porque desconoce el derecho adquirido para quienes cumplen el requisito de la edad. Si un ex funcionario del Banco está cubierto con el régimen de transición, los derechos que de él se derivan no desaparecen por la circunstancia de que exista una sustitución en los titulares de una parte de las acciones y se modifique, como consecuencia de ello, el régimen jurídico aplicable a sus trabajadores". (Cdn. Ints, fl. 5).

Y existe esa contradicción porque efectivamente en el asunto subjudice debe tenerse en cuenta

que cuando el demandante cumplió los dos requisitos para que surgiera el derecho a la pensión de jubilación, concretamente el de la edad pues el tiempo de servicio lo tenía más que satisfecho al retirarse del Banco en enero 13 de 1991, ya regía la ley 100 de 1993 en razón a que cumplió los 55 años el 29 de diciembre de 1997. Por lo tanto, es a la luz de ese ordenamiento que se debe estudiar y definir lo referente a la cuantía y "actualización" reclamada, pues ella en su artículo 36 dispone:

"Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

"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 Sistema tengan treinta y cinco ( 35 ) o más años de edad si son mujeres o cuarenta ( 40 ) o más años de edad si son hombres, o quince ( 15 ) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez ( 10 ) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE(...)"

Ahora bien, con relación al tema que se trata es conveniente anotar que para la Sala, a partir de la fecha en que empezó a regir la ley 100 de 1993, los criterios jurisprudenciales que se exponían con respecto de lo que se denominó la indexación de la primera mesada pensional, que en estricto rigor jurídico lo era de la base salarial para tasar esa mesada, perdieron vigencia en cuanto hace a pensiones legales causadas dentro de la misma. Y esto porque de acuerdo con el artículo 36 antes transcrito, al igual que con el artículo 21 de tal normatividad, ya no hay que acudir a la analogía ni a la equidad para ordenar esa indexación, ni tampoco puede aseverarse, como lo pregona la orientación jurisprudencial a la que se viene acudiendo para resolver esta clase de peticiones, que no existe en materia laboral disposición legal que autorice la aplicación de aquella para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

Así se afirma porque los aludidos artículos de la ley 100 ya consagran y ordenan expresamente la indexación cuando mandan que el ingreso base para liquidar las pensiones a que ellos se refieren, será "actualizado anualmente con base en la variación de Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE". Lo que implica que de no proceder el juzgador así incurre en infracción directa de esos preceptos legales.

De otro lado, en lo que hace a la aplicación de la ley de seguridad social a asuntos como el que se trata, la Corte se remite y acoge lo que en aclaraciones de voto ha venido exponiendo el Magistrado José Roberto Herrera Vergara para sostener que. "(...) las diversas situaciones que emergen de la temática de la corrección monetaria de mesadas pensionales no pueden tratarse bajo el mismo rasero normativo, después de la vigencia de la ley 100 de 1993(...)", y que "(...) desde la entrada en vigor de esa flamante normatividad no existe razón valedera para negar su aplicación a las pensiones legales por ella regulada y con el alcance que la propia ley 100

otorga en su clara normativa(...)". Y al respecto expresa:

"(...) La Ley 100 de 1993, reguló las pensiones legales que se causaran a partir de su vigencia, instituyó el Sistema General de Pensiones conformado por el régimen solidario de prima media con beneficio definido y el de ahorro individual con solidaridad, y previó para el primero un régimen de transición.

"Conforme a los artículos 10 y 11 ibídem - salvo para quienes quedaron expresamente exceptuados por el artículo 279 de dicha Ley y los regímenes especiales -, el sistema se aplica a todas las pensiones legales, mediante el reconocimiento de pensiones en la forma y condiciones que se determinan en la citada Ley, respetando, claro está, los derechos adquiridos con arreglo a cualquier fuente normativa anterior y el régimen de transición para los beneficiarios determinados en el artículo 36 de la misma.

"Lo anterior implica que en el régimen de prima media con prestación definida, el ingreso de base de liquidación de las pensiones legales de vejez o jubilación causadas a partir de las respectivas vigencias de la Ley 100, según el caso, está gobernado por el artículo 21 de la misma (régimen ordinario) o por el artículo 36 (régimen de transición).

"A) En la primera hipótesis se determina según el promedio de los salarios o las rentas sobre los cuales haya cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. No obstante, cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del afiliado, resulte superior a lo dicho, el asegurado podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado un mínimo de 1250 semanas.

"B) En la segunda hipótesis (régimen de transición), el ingreso base de liquidación de los afiliados a quienes les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será 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 índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

"De lo dicho emerge con nitidez que aun cuando no es el salario del último año de servicios lo que permite "indexar" la mal denominada "primera mesada" pensional, sí es el promedio de esos años, con corrección monetaria, en la forma como se ha explicado, lo que impone a los obligados a pagar pensiones legales de vejez y jubilación causadas desde la entrada en vigor de la Ley 100, a liquidarla y cancelarla en dicha forma, por tratarse de un mandato imperativo de la nueva preceptiva que expresamente gobierna la materia.

"Pero aún si se estimara que ello no está expresamente consagrado en la normativa, no puede olvidarse que de conformidad con el artículo 288 de la misma Ley 100, en armonía con el artículo 53 de la Constitución Política, toda persona con pensión legal causada a partir de la vigencia de la referida Ley, tiene derecho a que le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de las disposiciones del nuevo ordenamiento, lo que desde luego hace más contundente la aplicación de esta novedosa y especial corrección monetaria, o actualización del ingreso de liquidación por costo de vida, a las pensiones legales cuyo derecho haya nacido o surja con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993."  
(Radicación No. 13066)

Planteada la situación así, entonces, como en el caso en que se trata, el derecho a la pensión legal de jubilación del demandante, que ya se precisó debe ser pagada por la demandada, se causó en vigencia de la ley 100 de 1993, pues ocurrió el 29 de diciembre de 1997, tal prestación social está regida por el régimen de transición previsto por el artículo 36 ya transcrito, y más concretamente por sus incisos segundo y tercero.

Lo anterior implica, entonces, que la ley 33 de 1985 que regulaba la pensión de jubilación del actor, hay que aplicarla en cuanto a la edad, tiempo de servicios y al monto del 75%, no así en lo hace a la base salarial porque la misma es la señalada por el inciso tercero del tantas veces citado artículo 36 en los términos en que ya se trajo a colación.

En consecuencia, como de conformidad con el artículo 151 de la ley de seguridad social, el Sistema General de Pensiones que ella prevé, empezó a regir el primero de abril de 1994, el ingreso base para liquidar la pensión del demandante será el promedio, actualizado con sujeción a esa ley, de lo por él devengado en los últimos 3 años, 8 meses y 29 días de servicios al Banco demandado, que es el tiempo que le faltaba para que se causara el derecho a tal prestación al entrar en vigencia aquélla, lo que ocurrió el 29 de diciembre de 1997.

Resumiendo, entonces, los cargos prosperan, lo que impone casar en su totalidad la sentencia recurrida en cuanto absolvió a la entidad bancaria demandada de todos los pedimentos formulados en su contra.

Por lo tanto, a fin de proferir el fallo de instancia que corresponda, para mejor proveer, se solicitará a la demandada constancia, debidamente discriminada, de todo lo devengado por el demandante Héctor Armando Pineda Cañas en el lapso comprendido del 14 de abril de 1987 al 13 de enero de 1991, como también certificación al Dane sobre la variación anual del índice de precios al consumidor en el período antes determinado.

En razón a la prosperidad del recurso, no se impondrán costas por el mismo.

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, CASA TOTALMENTE la sentencia del 15 de julio de 1999, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio que HECTOR ARMANDO PINEDA CAÑAS le promovió al BANCO POPULAR. En sede de instancia, y para mejor proveer, se dispone que por la Secretaría se libren los oficios a la demandada y al dane para que expidan las constancias a que se alude en la parte motiva de este proveído.

Sin costas por el recurso extraordinario.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

FERNANDO VÁSQUEZ BOTERO

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA

CARLOS ISAAC NADER RAFAEL MÉNDEZ ARANGO

LUIS GONZALO TORO CORREA GERMÁN G. VALDÉS SÁNCHEZ

GILMA PARADA PULIDO

Secretaria

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

