

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

SALA DE CASACIÓN LABORAL

DR. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

Magistrado Ponente

Radicación N° 27318

Acta N° 14

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

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de marzo de 2005, en el proceso ordinario adelantado por BOLÍVAR BURBANO QUIÑONEZ contra el BANCO POPULAR S.A.

I. ANTECEDENTES

El accionante en mención demandó en proceso laboral al BANCO POPULAR S.A., a fin de que se le condenara a reconocerle y pagarle la pensión de jubilación, debidamente indexada conforme al I.P.C., a partir de la fecha en que cumplió los 55 años de edad, así como las mesadas causadas, intereses de mora o en su defecto indexación laboral; los valores ultra y extra petita; costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pedimentos, en lo que interesa al recurso, argumentó que laboró al servicio de la entidad demandada, sin solución de continuidad, entre el 7 de noviembre de 1974 y el 30 de diciembre de 1992, día en que se retiró; que a la fecha de su desvinculación se desempeñaba como Jefe 1° de Contabilidad Grado 1°, y devengaba un salario promedio mensual de \$244.124,98; que el 13 de agosto de 2001 cumplió 55 años de edad, por lo que adquirió el estatus de pensionado de conformidad con la Ley 33 de 1985; que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía más de 15 años de servicio al Estado, y más de 40 años de edad; que se retiró con más de 20 años de servicio al Estado; que el Banco Popular tuvo la condición de Empresa Industrial y Comercial del Estado, hasta el 21 de noviembre de 1996, fecha en que la Nación enajenó las acciones que tenía en esa institución en virtud del Decreto 1118 del 29 de junio de 1995; que dicha entidad se ha negado a reconocerle su pensión de jubilación; y que suscribió con la misma acta de conciliación el 16 de diciembre de 1992.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

La entidad bancaria convocada al proceso, al dar respuesta a la demanda inicial, se opuso a la prosperidad de las peticiones. Aceptó como hechos ciertos, la relación laboral, los extremos temporales, el último cargo desempeñado por el actor y su edad al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, la naturaleza jurídica de la entidad con antelación a la que ostenta en la actualidad, y la conciliación suscrita. Adujo respecto de los demás hechos, que para la fecha

en que el demandante cumplió 55 años de edad, el Banco Popular tenía la naturaleza de sociedad de derecho privado, no estando en consecuencia obligado al reconocimiento de la pensión de jubilación reclamada; que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, éste no se encontraba vinculado a la entidad, y a la fecha de su retiro contaba con más de 20 años de servicio para el Estado; que la pensión de jubilación fue objeto de conciliación; y que los demás hechos no son ciertos. Propuso como excepciones las de cosa juzgada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Conoció de la primera instancia el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante sentencia del 1º de febrero de 2004, condenó a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación, a partir del 13 de agosto de 2001, en cuantía de \$673.486,79, y hasta la fecha en que ISS reconozca la pensión de vejez, quedando a cargo de la entidad el mayor valor si lo hubiere; a los intereses moratorios a la tasa máxima vigente; y a las costas del proceso.

IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Apeló la parte demandada y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de sentencia del 31 de marzo de 2005, revocó el numeral tercero de la de primera instancia, en cuanto condenó al banco al reconocimiento de los intereses moratorios a la tasa máxima legal vigente; confirmándola en lo demás.

El ad quem en resumen, motivó su decisión respecto de la pretendida pensión de jubilación, apoyado en la sentencia de esta Sala de la Corte del 20 de junio de 2001, radicación 15700, según la cual, si el demandante durante la prestación de sus servicios tuvo la condición de trabajador oficial, no es posible desconocerle ese carácter so pretexto que para la fecha en que cumplió 55 años de edad, la entidad bancaria estaba sometida al derecho privado y que por ende debía tratársele como un trabajador particular.

Al respecto dijo:

“(…)

Reclama el demandante la pensión de jubilación con base en la Ley 33 de 1.985, aumentos, mesadas atrasadas y adicionales, reajustes. Aduce que el actor prestó servicios al Estado y al Banco Popular durante más de veinte (20) años, que a la fecha en que entró a regir la Ley 33 de 1.985 tenía más de quince (15) años de servicios al Estado y que tiene más de cincuenta y cinco (55) años de edad.

El artículo 27 del Decreto 3135 de 1.968 y el artículo 75 del Decreto 1848 de 1.969, contempla el derecho de los trabajadores oficiales que sirva veinte (20) años o más en forma continua o discontinua y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) si es mujer, a que la respectiva entidad de previsión le pague una pensión mensual de jubilación.

A su vez el artículo 1º de la Ley 33 de 1.985: dispone:

<El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del

salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios>.

El actor era un trabajador oficial pero no afiliado a ninguna Caja de Previsión, pero cotizó durante toda la relación laboral al Instituto de los Seguros Sociales (Fol. 88 a 93). Así mismo, a la fecha en que entró a regir la Ley 33 de 1.985 tenía más de quince (15) años de servicios al Estado y que tiene más de cincuenta y cinco (55) años de edad.

La Ley 33 de 1.985, habla de Caja de Previsión, el artículo 13 de la citada Ley las define como:

<Para efectos de esta Ley, se entiende por Cajas de Previsión las entidades del orden nacional, departamental, intendencial comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá que, por ley, reglamentos o estatutos, tengan entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualesquiera de dichos ordenes>

De lo anterior se colige que, que un trabajador oficial pudo haber inscrito en el seguros social, lo que no debe entenderse afiliado a una Caja de Previsión Social de conformidad con la Ley 33 de 1985.

Entonces en los casos de los trabajadores oficiales amparados por el Decreto 3135 de 1.968, y por la Ley 33 de 1.985, afiliados al Seguro Social, pero no a una caja o entidad de previsión social, la pensión legal de jubilación contemplada en el artículo 1º de la ley en mención, debe ser reconocida por la última entidad empleadora, tal como lo dispuso el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, pero como tanto la entidad como el trabajador hicieron los aportes al ISS, para los seguros de IV y M., una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones contempladas en los reglamentos del Seguro, debe este otorgar la 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 con sus reajustes y la pensión de vejez pagada por el Seguro Social.

Como en este caso de trata de un trabajador oficial amparado por la Ley 33 de 1985, afiliado al Seguro Social, la pensión de jubilación legal, le corresponde al Banco Popular, a partir del 17 de agosto de 2001, cuando cumplió la edad exigida por esta norma, esto es cincuenta y cinco (55) años de edad (Fol. 18) y cuantía igual a la deducida por el Juez del Conocimiento y sólo la pagará el empleador hasta cuando el Instituto de los Seguros Sociales, asuma el pago de la Pensión de Vejez, quedando a cargo de la sociedad demandada el mayor valor de la pensión aquí reconocida y la que reconozca el Seguro Social.

La parte demandada radica su inconformidad, aduciendo que cuando el demandante cumplió 55 años de edad, esto es el 17 de agosto de 2001, la sociedad demandada se había convertido en una empresa privada, por lo que no se le aplicaban las normas del sector oficial.

En sentencia de 20 de junio de 20001. Rad. No. 15700, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia dijo sobre este tema:

<...El tema no es nada nuevo si se tiene en cuenta que en múltiples ocasiones la Sala se ha pronunciado en torno al mismo, para lo cual basta consultar, entre otras, las sentencias con radicación números 10876, 13888, 13712, 13783 y 13963...

(...)

Ahora, en lo que respecta a los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se tiene que, estos sólo se aplican a las pensiones que tienen como origen la norma

en cita, y como en este caso la pensión concedida al demandante lo fue con base en la Ley 33 de 1.985 y en el Decreto 3135 de 1.968, no procede la aplicación de esta ley, en consecuencia se revoca la condena impuesta por el A quo.

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la entidad demandada con fundamento en la causal primera de casación laboral contemplada en los artículos 60 del Decreto 528 de 1964 y 7° de la Ley 16 de 1969, con el cual pretende, según lo dijo en el alcance de la impugnación, que se CASE el numeral segundo de la sentencia del Tribunal y en sede de instancia, revoque los numerales primero y segundo del fallo del a -quo, para que en su lugar absuelva al Banco Popular de todas las pretensiones de la demanda.

En subsidio y en el evento de que considere que fuera procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación, pretende que se CASE el numeral segundo de la sentencia del Tribunal y en sede de instancia, se modifique el numeral primero del ordinal primero del fallo del a-quo y en su lugar disponga que la pensión debe ser liquidada con el 75% del salario promedio devengado por el actor, en el último año de servicios.

Con tal objeto formuló dos cargos que fueron replicados

VI. PRIMER CARGO

Acusó la sentencia impugnada por la vía **directa** en la modalidad de **interpretación errónea** de los artículos “...3° y 76 de la Ley 90 de 1946, 5° y 27 del Decreto Ley 3135 de 1.968; 75 del Decreto Reglamentario 1848 de 1.969, 2° del Decreto Ley 433 de 1971 y el Decreto 1650 de 1977, 1° y 13 de la Ley 33 de 1.985; 1°, 12 y 26 de la Ley 226 de 1995, 11, 36, 133, 151 y 289 de la Ley 100 de 1993, 3° y 4° del Código Sustantivo del Trabajo y los Acuerdos 224 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 de 1966 y 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990....”.

Para su demostración hace los siguientes planteamientos:

“(....) En primer término manifiesto a esa H. Corporación que para que sea viable el ataque de la sentencia por la vía directa, se aceptan los siguientes presupuestos fácticos en la forma como los dio por establecidos el Tribunal:

1. El señor Bolívar Burbano Quiñónez prestó servicios al Banco Popular desde el 7 de noviembre de 1974 hasta el 30 de diciembre de 1992, en el cargo de Jefe 1° de Contabilidad.
2. El señor Bolívar Burbano Quiñónez tenía más de quince (15) años de servicios al Banco Popular cuando entró en vigencia de la Ley 33 de 1985.
3. El señor Bolívar Burbano Quiñónez cumplió 55 años de edad el 17 de agosto de 2001.
4. El Banco Popular ostentó la calidad de Sociedad de Economía Mixta del Orden Nacional durante toda la relación laboral del señor Bolívar Burbano Quiñónez.
5. El actor cotizó durante toda la relación laboral al Instituto de Seguros Sociales.

Como el sentenciador para resolver esta controversia se fundamenta exclusivamente en la sentencia de esa Corporación de 20 de junio de 2001, Radicación No. 15700, (criterio en el que

reitera lo expuesto en las sentencias radicadas bajo los números 10876, 13888, 13712 y 13963), se plantea el cargo por interpretación errónea de las disposiciones legales en él denunciadas.

La naturaleza jurídica que ostenta el empleador es la condición que determina el régimen legal a aplicar a sus servidores, en consecuencia, al ser el banco una entidad privada al momento de cumplir los requisitos de pensión el demandante, el régimen legal aplicable es el privado y no el régimen legal de empleados oficiales, normatividad en la que los supuestos fácticos para efectos de pensión no son iguales a los previstos para el sector público.

Debe recalcar que la Entidad a todo lo largo del proceso expuso como sustento de su posición jurídica, entre otros argumentos, que no está obligado a reconocer pensión de jubilación al señor Bolívar Burbano Quiñónez, por no reunir los requisitos exigidos por las disposiciones legales vigentes al momento de la privatización de la entidad, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del Banco Popular, no corresponderle el reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de jubilación, en razón de no adeudarle al actor suma alguna que permita ser indexada y haber cotizado al Instituto de Seguros Sociales para las contingencias de invalidez, vejez y sobrevivientes durante la vinculación del señor Burbano Quiñónez a dicha entidad.

Por otra parte, debe considerarse que el Banco Popular fue privatizado a partir del 20 de noviembre de 1996, es decir antes de reunir el extrabajador la totalidad de los requisitos para el reconocimiento de la pensión, pues sólo vino a cumplir el trabajador la edad de 55 años el 17 de agosto de 2001, según se afirma en la demanda.

Si al señor Bolívar Burbano Quiñónez no se le consolidó el derecho por edad mientras el banco fue de carácter oficial, deben aplicar las condiciones propias del nuevo régimen legal, vale decir del correspondiente al de los trabajadores particulares. Porque si su derecho a la pensión no se consolidó mientras el BANCO POPULAR era de naturaleza pública, apenas gozaban de una “mera expectativa” de jubilarse en las condiciones preferenciales de los empleados públicos. Conforme al artículo 17 de la Ley 153 de 1887 “las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley que las anule o las cercene”.

De otra parte, también debe anotarse que esa H. Corporación ha señalado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, previó el cumplimiento de los requisitos allí estipulados, remite al régimen anterior al cual se encuentren afiliados los trabajadores, incluyendo a los que tenían la calidad de empleados oficiales: Por ello debe entenderse que el régimen anterior sea el propio de los trabajadores particulares, por haber sido éstos asegurados por el Instituto de Seguros Sociales, y por tanto, esta última entidad si tiene la capacidad de asumir totalmente al Banco en el cubrimiento de la pensión que ahora se demanda.

El Tribunal ignoró en su decisión que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, el seguro de vejez reemplazó a la pensión de jubilación que ha venido figurando en la reglamentación anterior, y según esta norma “las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior, están obligadas en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, **hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales**”.

Tampoco tuvo en cuenta el sentenciador de segunda instancia que el artículo 2° del Decreto Ley 433 de 1971, por el cual se reorganizó el ISS, dispuso que estarían sujetos al seguro social obligatorio, entre otros, “...todos los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, de carácter nacional,

departamental o municipal, que para los efectos del seguro social obligatorio estarán asimilados a **trabajadores particulares**”.-

Esta asimilación de trabajadores oficiales a particulares, ya había sido establecida anteriormente en el artículo 3° de la Ley 90 de 1946, circunstancia que tampoco tiene en cuenta el Tribunal, donde se señaló que “Para los efectos de la presente ley, estarán asimilados a trabajadores particulares los empleados y obreros que presten sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de las cuales sean accionistas o coparticipes”.

Como la Ley 100 de 1993 es aplicable a los trabajadores particulares y a los empleados oficiales, y que precisamente debido a la dualidad de los regímenes legales preexistentes, el régimen de transición implantado en el artículo 36 ibídem, señaló que los requisitos para acceder a la pensión serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados, puede ocurrir entonces que una persona que prestó servicios en el Banco Popular cuando la entidad ostentaba naturaleza oficial y cumple el requisito de edad, habiendo estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales por los riesgos de IVM, como sería la situación que se presenta con el señor Bolívar Burbano Quiñónez, no le corresponda aplicarle la Ley 33 de 1985, sino lo estipulado en la Ley 90 de 1946, el Acuerdo 224 de 1966, el Decreto Ley 433 de 1971, el Decreto 1650 de 1977 y el Acuerdo 049 de 1990 expedido por el Instituto de Seguros Sociales y aprobado mediante el Decreto 758 de 1990, conclusión a la que ha debido llegar el sentenciador de haber aplicado lo dispuesto en la Ley 90 de 1946 y en el Decreto 1650 de 1977.

En el Decreto 3041 de 1966, que aprobó el Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, quedaron sujetos al seguro social obligatorio contra el riesgo de vejez, los trabajadores que mediante contrato de trabajo presten servicios a entidades de derecho público en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de las cuales sean accionistas o coparticipes (Art. 10 literal c). Y según el artículo 1° del Acuerdo 049 de 1990 arriba mencionado, entre los afiliados en forma facultativa están comprendidos “los servidores de entidades oficiales de orden estatal que al 17 de Julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS” (que es precisamente la situación que al entrar en vigencia el Acuerdo 049 de 1990 se presentaba entre el señor Bolívar Burbano Quiñónez, quien ostentaba la calidad de trabajador oficial y el Banco Popular, sociedad de economía mixta, asimilada a las empresas industriales y comerciales del Estado).

En consecuencia, según lo establecido en dichos reglamentos del ISS (como quiera que fue afiliado al Instituto de Seguros Sociales y fueron pagadas las cotizaciones correspondientes a los riesgos de IVM para los efectos del seguro social obligatorio, hecho éste que no discutido en el cargo), se tiene que independientemente de la calidad de trabajador oficial que ostentó el demandante mientras estuvo al servicio del Banco Popular, resultó asimilado a un trabajador particular, y por ello, en los términos del artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, el derecho a la pensión (que será necesariamente la de vejez) lo obtendrá cuando cumpla los requisitos de edad y semanas de cotización exigidos en sus Reglamentos.

No obstante esta circunstancia el sentenciador, apoyándose en la jurisprudencia de esa Corporación de 20 de junio de 2001, Radicación No. 15700, (criterio en el que reitera lo expuesto en las sentencias radicadas bajo los números 10876, 13888, 13712, 13783 y 13963), le da un entendimiento equivocado a los acuerdos del Instituto de Seguros Sociales y al artículo 1°

de la Ley 33 de 1985.

Si al señor Bolívar Burbano Quiñónez, no se le consolidó el derecho por edad mientras el Banco fue de carácter oficial, deben aplicársele las condiciones propias del nuevo régimen legal, vale decir del correspondiente a los trabajadores particulares. Lo anterior porque si su derecho a la pensión no se consolidó mientras el BANCO POPULAR era de naturaleza pública, apenas gozaba de una “mera expectativa” de jubilarse en las condiciones preferenciales de los empleados públicos.

Debe recalcar que conforme al artículo 17 de la Ley 153 de 1887 “las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley que las anule o las cercene”.

No cabe duda que para aquellas personas que habiéndose desvinculado del Banco Popular con anterioridad a su privatización, no habían consolidado en su patrimonio jurídico la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, apenas tenían la expectativa de la pensión oficial, en los términos que la misma Corte Constitucional ha precisado:

“La doctrina y la jurisprudencia contraponen a los derechos adquiridos las “meras expectativas”, que se reducen a la simple posibilidad de alcanzar un derecho y que, por lo mismo, no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto. Por lo tanto, la ley nueva sí puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva, como un derecho, bajo la ley antigua” (Sentencia C 147-97).

Entonces, al acoger el Tribunal las argumentaciones consignadas en la sentencia de esa Corporación de 20 de junio de 2001, Radicación No. 15.700 (criterio en el que reitera lo expuesto en las sentencias radicadas bajo los números 10876, 13888, 13712, 13783 y 13963), como único fundamento jurídico de la decisión, sin reparar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto Ley 433 de 1971, los trabajadores de las sociedades de economía mixta, como en esa época eran los vinculados al Banco Popular, para efectos del seguro obligatorio estaban asimilados a los trabajadores particulares, le da un entendimiento equivocado a los artículos 5º y 27 del Decreto Ley 3135 de 1.968; 75 del Decreto Reglamentario 1848 de 1.969, 1º y 13 de la Ley 33 de 1.985, 1º, 12 y 26 de la Ley 226 de 1995 y 11, 36, 144, 151 y 289 de la Ley 100 de 1993, pues no le correspondía al Banco Popular el reconocimiento de la pensión de jubilación al señor Bolívar Burbano Quiñónez, por lo que debe casarse la sentencia acusada y proceder, en sede de instancia, en la forma señalada en el alcance de la impugnación de la demanda, es decir absolviendo al Banco Popular de todas las pretensiones de la demanda, revocando lo dispuesto por el a-quo sobre el particular...”. (Negrillas, subrayas y mayúsculas propias del texto).

VII. LA REPLICA

A su turno la réplica pone de presente que el cargo no puede prosperar, en razón a que no existe error alguno por parte del Tribunal en la aplicación de las normas mencionadas, y por el contrario, hay un error en la interpretación de las disposiciones citadas por la parte recurrente, pues al analizarlas en forma individual se concluye que la sentencia acertó en su interpretación, y ello le permitió plantear el argumento central de la decisión; y no podía ser de otra forma, pues dentro del proceso se dieron todos los presupuestos fácticos y probatorios, reuniéndose a cabalidad los requisitos exigidos en las normas mencionadas, y especialmente los de la Ley 33 de 1985, que en últimas es la que impera el derecho reconocido en la sentencia.

VIII. SE CONSIDERA

Como bien se colige, el cargo se orienta a que se determine jurídicamente: a) Que la entidad demandada, por razón de su privatización, no está obligada a asumir el pago de la pensión de jubilación que implora el actor con base en el régimen de transición, habida cuenta que en sentir del recurrente, al no haberse consolidado el derecho mientras el Banco era de naturaleza pública, el trabajador apenas gozaba de una mera expectativa para acceder a una pensión oficial; y b) Que el demandante por haber estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales y cotizado para los riesgos de IVM, durante la vigencia de la relación laboral, su situación pensional cambió y por ende se le deben aplicar las normas propias del trabajador particular, esto es, lo reglado por la Ley 90 de 1946, el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de igual año, los Decretos 433 de 1971 y 1650 de 1977 y el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que es la legislación que le da derecho a percibir la pensión de vejez, una vez reúna los requisitos allí señalados.

Teniendo en cuenta lo anterior, es de advertir, que la calidad de trabajador oficial no desaparece por motivo del cambio de naturaleza jurídica de la entidad, pues como lo ha reiterado esta Corporación en numerosas ocasiones, esa mutación no tiene el mérito de afectar el escenario jurídico, respecto de la pensión de un trabajador que completó el tiempo de servicios que le asigna la Ley antes de la privatización del ente empleador. Sobre el tema esta Sala de la Corte fijó su posición en sentencia del 10 de noviembre de 1998, radicado 10876, y en esa oportunidad puntualizó:

“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 55 años, enero 6 de 1993, el banco demandado estaba sometido al derecho privado y, que por ende, es un trabajador particular, lo que es inadmisibles 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 segundo término, es de acotar que tal como lo determinó el juzgador de alzada, la situación pensional del demandante está gobernada por la Ley 33 de 1985, por cuanto prestó sus servicios en su condición de trabajador oficial por más de 20 años, aunque en el transcurso de la relación se le haya afiliado al Instituto de Seguros Sociales.

La circunstancia de que las partes hubieran cotizando al ISS para el riesgo de IVM o pensión, de manera alguna releva en un todo al empleador oficial de su obligación frente al régimen jubilatorio previsto en las normas que anteceden a la expedición de la Ley 100 de 1993, es por ello, que el Banco demandado siendo el último empleador oficial debe reconocer y pagar al accionante la pensión implorada, como lo dispone el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, y reunidos luego los requisitos para la pensión de vejez, estará a cargo de la entidad sólo el mayor valor si lo hubiera entre ambas pensiones, con lo cual en un caso como el que ocupa la atención a la Sala la coexistencia de sistemas queda armonizada.

Por consiguiente, resulta equivocada la argumentación del recurrente en el sentido de que al actor pese a poseer la calidad de trabajador oficial se le debe dar el tratamiento para efectos pensionales de un trabajador particular, por motivo de la afiliación de que fue objeto ante el Instituto de Seguros Sociales, con la única posibilidad de adquirir en un futuro la pensión consagrada en la reglamentación del Instituto de Seguros Sociales cuando llegue a los 60 años de edad, y con mayor razón si se tiene en cuenta que los empleados oficiales se encontraban

regulados por disposiciones propias, que no fueron subrogadas por los Acuerdos de dicho Instituto.

Sobre quién es el obligado en estos eventos a reconocer al trabajador oficial su derecho pensional, en sentencia del 29 de julio de 1998, radicada con el número 10803, que se reitera en esta oportunidad, esta Corporación puntualizó lo siguiente:

“(…) 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 1º 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>...”.

Así mismo al estudiar la Corte un caso contra la misma entidad bancaria, con características similares al que ocupa la atención de la Sala, en sentencia del 25 de junio de 2003, radicado 20114, reiterada en decisiones del 17, 26 de marzo y 27 de julio de 2004, radicados 22.681, 22.789 y 22.226, en relación con los temas que ahora pone a consideración la censura, se sostuvo:

“(…) La Corte en sentencias reiteradas, en las cuales coincide como parte demandada la entidad bancaria, entre otras, las de 23 de Mayo de 2002 (Rad. 17.388), 11 de Diciembre de 2002 (Rad. 18.963) y 18 de Febrero de 2003 (Rad. 19440), ha considerado que si un trabajador oficial para el 1º de Abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, se encuentra cobijado por el régimen de transición que regula el artículo 36 de dicha normatividad **se le continúan aplicando los requisitos establecidos en el régimen anterior aunque en virtud de un hecho posterior se produzca la privatización de la entidad empleadora**. Su condición jurídica no puede mutar por tal hecho posterior y por eso, una vez acredite los requisitos exigidos por la legislación aplicable a su especial situación para acceder a la pensión de jubilación, el trabajador tendrá derecho a su reconocimiento.

Por eso, esta Corporación en los pronunciamientos señalados anteriormente ha expresado lo siguiente:

“...Empero, ocurre que este caso presenta unas circunstancias diferentes a las del proceso en que se profirió el fallo que se rememora y al que acude el censor para la demostración de los cargos, como lo son que para el 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993, la aquí demandada era una entidad oficial sometida al régimen de la empresas industriales y comerciales del Estado y, por consiguiente, para esa fecha, el actor tenía la condición de trabajador oficial. Y esta situación implicaba, como lo analizó el Tribunal, que por darse los presupuestos exigidos por el inciso 2º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, éste quedó cobijado con el régimen de transición pensional que regula tal precepto, y que en lo pertinente dispone:

"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 al entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más 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”.

"Y ese régimen anterior, para el aquí demandante, no es otro que el regulado por la ley 33 de 1985, o sea, como lo concluyó el juzgador, que éste tiene derecho a la pensión de jubilación desde el momento que cumplió 55 años de edad y 20 de servicios, la que debe ser cubierta por la entidad empleadora y demandada, ya que, en primer lugar, la ley 100 de 1993 le otorgó ese derecho y, en segundo término, la afiliación a los Seguros Sociales en tratándose de trabajadores oficiales antes de la vigencia de la aludida ley, no tenía la virtualidad de subrogar totalmente al empleador en ese riesgo....". Al respecto la Corte desde la sentencia del 10 de agosto de 2000, radicación 14163, sostiene:

<(…) en vigencia de la normatividad precedente a la ley 100 de 1993, la cual rige para el asunto bajo examen, **tratándose de trabajadores oficiales no son aplicables las mismas reglas dirigidas a los particulares, a propósito de la asunción del riesgo de vejez por el ISS**, pues si bien los reglamentos del Instituto autorizaban la afiliación de servidores públicos vinculados por contrato de trabajo, no se previó en el estatuto pensional de éstos (Ver por ejemplo los Decretos 3135 de 1985) que el sistema del Seguro reemplazara absolutamente su régimen jubilatorio, como si aconteció para los particulares en el artículo 259 del C.S.T, y no se contempló por consiguiente una transición del uno al otro, de forma que este régimen jubilatorio subsistió a pesa de la afiliación de los empleados al ISS y, forzosamente, en estos términos, la coexistencia de sistemas debe armonizarse con arreglo a los principios de la Seguridad Social. Por consiguiente, bajo los parámetros que propone el propio recurrente, emerge legalmente viable la pensión en la forma en que fue reconocida por el Tribunal, esto es, a cargo de la entidad obligada, pero con la posibilidad para ésta de ser relevada en todo o en parte al iniciarse el pago por el ISS de la pensión de vejez (...)>". (Resalta la Sala).

Siguiendo las directrices anteriores que encajan perfectamente en el sub litem, el Tribunal al apoyarse en un pronunciamiento suyo anterior, que coincide con el criterio mayoritario de la Corte, que no ha variado, interpretó correctamente las disposiciones que se denuncian en el ataque.

En consecuencia, el cargo no prospera.

IX. SEGUNDO CARGO

Acusó la sentencia de violar por la vía **directa**, en el concepto de **interpretación errónea** “...el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, en relación con los artículos 1º de la Ley 33 de 1985, 27 del Decreto 3135 de 1.968 y 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969..”.

El censor en la sustentación del cargo aseveró lo siguiente:

“(…) En el evento remoto de considerar esa H. Corporación que el Banco Popular estuviera obligado al reconocimiento de la pensión de jubilación reclamada por el señor Bolívar Burbano Quiñónez, encontrará que no es procedente la actualización del 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios, como lo dispuso el Tribunal, al confirmar en su integridad las consideraciones y condenas del juez del conocimiento relacionadas con la

indexación de la base salarial en las que expresó:

“Conforme a lo analizado en el acápite de la relación laboral de la presente sentencia, quedó probado que el señor BOLIVAR BURBANO QUIÑONES, devengó como último salario promedio la suma de \$244.124.98, por lo que el monto de la primera mesada pensional equivalente al 75% de la suma antes indicada, es decir, \$183.093,73 Mcte, la que deberá pagarse debidamente indexada.

Así, verificadas las operaciones aritméticas correspondientes a fin de actualizar el valor del dinero a la fecha de causación de la prestación, esto es, al 13 de agosto de 2001, obtenemos como resultado la suma de \$673.486,79, valor que corresponde a la primera mesada pensional reconocida.

Como puede verse, la anterior suma a que ascendió la respectiva mesada pensional, supera el monto del salario mínimo vigente para el año en que se causó el derecho a favor del demandante (\$286.000,00 según Decreto 2647/99), cumpliéndose de esta manera lo ordenado por la norma antes referida”

Lo anterior porque en el proceso se encuentra establecido que el señor Bolívar Burbano Quiñónez se desvinculó el 30 de diciembre de 1992, es decir se retiró del Banco Popular con anterioridad al 1º de abril de 1994, cuando comenzó a regir la Ley 100 de 1993. Esto quiere decir que la pensión reclamada por el señor Burbano Quiñónez no es de aquellas previstas en la Ley 100 de 1993 y pertenecientes al Sistema General de Pensiones.

En relación con la improcedencia de la actualización del salario base de liquidación de las pensiones no contempladas en el Sistema General de Pensiones, ya han tenido la oportunidad de explicar su punto de vista algunos de los Magistrados de esa H. Sala Laboral, en diversos salvamentos de voto.

(....)”.

Reprodujo dos salvamentos de voto correspondientes al proceso con radicación 21.460, y prosiguió:

“(....) Entonces, si la pensión reclamada por el señor Bolívar Burbano Quiñónez, no es de las contempladas expresamente en la Ley 100 de 1993, no podía confirmar la condena a la actualización del 75% del promedio de lo devengado por el actor en el último año de servicios, con fundamento en la fórmula indicada por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por lo que resultan erróneamente interpretadas las disposiciones legales relacionadas en el cargo, debiendo casarse la sentencia de segunda instancia en la forma como se expresa en el alcance subsidiario de la impugnación.

Como consecuencia de lo anterior, al constituirse esa H. Corporación en sede de instancia deberá modificar el numeral primero del fallo del a-quo y, en su lugar, disponer que la pensión deberá ser liquidada con el 75% del salario promedio devengado por el demandante en el último año de servicios....”.

X. REPLICA

A su turno el opositor adujo que el cargo no puede prosperar, por cuanto la sentencia del Tribunal que confirmó la del juzgado de instancia, se refirió a la indexación de la primera

mesada pensional, tal como se solicitó en el escrito de demanda, que es diferente al concepto de actualización de la base de liquidación pensional de la Ley 100 de 1993.

XI. SE CONSIDERA

En realidad de verdad, no se controvierte que el demandante reunió la totalidad de los requisitos exigidos legalmente para adquirir la titularidad del derecho pensional, el 13 de agosto de 2001 cuando cumplió la edad de los 55 años, esto es, bajo el imperio de la Ley 100 de 1993, quedando por tanto cobijado por el fenómeno jurídico de la transición consagrado en el artículo 36, con el que se respetaron tres aspectos: a) la edad para acceder a la prestación, b) el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y c) el monto porcentual de la pensión, para el caso, conforme a los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968, 73 del D.R. 1848 de 1969 y 1° de la Ley 33 de 1985, en un 75%.

Esta Corporación en otros casos análogos seguidos contra el mismo banco demandado, en donde se analizaron iguales tópicos que los que ahora plantea la censura, ha definido que por tratarse de una pensión de origen legal, donde el tiempo de servicios estaba satisfecho al momento de la desvinculación o retiro del servicio y se llegó a la edad requerida en vigencia del artículo 36 de Ley 100 de 1993, es conforme a ese ordenamiento jurídico que se debe definir el reajuste del valor inicial de la pensión a reconocer.

Sobre el particular esta Sala ha mantenido su criterio mayoritario, y en el fallo de instancia proferido en el expediente radicado bajo el número 13336, que data del 30 de noviembre de 2000, se precisó:

“(…) Y para lo anterior, como ya se dijo en la sentencia de casación, hay que tomar como punto de partida que la pensión a que tiene derecho el demandante está reglada por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y por ello fue que en esa ocasión se expresó: **<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 que hace a la base salarial porque la misma es la señalada por el inciso tercero del tantas veces citado el artículo 36 en los términos en que ya se trajo a colación>**.

El mencionado inciso 3° del artículo 36 de la ley de seguridad social integral dispone: **<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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expide el Dane>**”.

Ahora bien, como el demandante no devengó salario alguno ni cotizó durante el lapso al que se refiere la disposición antes transcrita, o sea, al que le hacía falta para adquirir el derecho a la pensión, que para su caso sería el transcurrido del 1° de abril de 1994 (fecha en que empezó a regir la ley) y el 29 de diciembre de 1997 (fecha en que cumplió la edad para la pensión), fue que se vislumbró la posibilidad que la actualización anual que dispone esa norma se hiciera tomando ese tiempo: 3 años 8 meses y 29 días, pero con referencia a la remuneración efectivamente devengaba, lo que imponía necesariamente acudir a la recibida entre el 14 de abril de 1987 y el 13 de enero de 1991, y eso es lo que explica los términos en que se ordenó la prueba para mejor proveer.

Empero, en esta oportunidad observa la Sala que si bien es cierto que de acogerse la precitada

solución, se estaría aplicando, en parte, lo que literalmente establece el inciso 3º del tantas veces citado artículo 36 para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de las personas que se encuentren en el régimen de transición, también es verdad que de procederse así se desconocería la finalidad perseguida por tal norma, como es la actualización hasta la fecha en que surja el derecho pensional del salario a tener en cuenta para tasar el ingreso base con referencia al cual fijar el valor de la primera mesada.

Y fundada en esta última consideración es por lo que estima y precisa la Corte que, en asuntos de las particulares características del presente, en los que no se devengó ni cotizó suma alguna en el tiempo que hacía falta para adquirir el derecho a la pensión, debe acogerse como salario devengado para ser actualizado, en los términos previstos por el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el que conforme al artículo 73 del decreto 1848 de 1969 sería al tener en cuenta para conocer la pensión al demandante de no existir precepto que ordenara su actualización, es decir, el **“promedio de los salarios y primas de toda especie” que éste haya devengado en el último año de servicios.**

La precitada solución, para la Sala, es la que más se ajusta al objetivo perseguido por el **inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993** y a una realidad no prevista por esa norma, como es que quien teniendo derecho a pensión no hubiese devengado suma alguna ni cotizado durante el lapso al que la misma se refiere..”. (Resaltos fuera del texto).

Por lo dicho se concluye que no erró el sentenciador cuando actualizó la mesada inicial de jubilación, en los términos de las jurisprudencias evocadas.

Colofón a lo anterior el cargo no prospera.

Costas a cargo de la recurrente en el recurso extraordinario, toda vez que la demanda de casación fue replicada.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de marzo de 2005, en el proceso adelantado por BOLÍVAR BURBANO QUIÑÓNEZ contra el BANCO POPULAR S.A.

Costas del recurso como quedo indicado en la parte motiva.

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

LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA

EDUARDO LOPEZ VILLEGAS

CAMILO TARQUINO GALLEGOS
DIAZ

MARIA ISMENIA GARCIA MENDOZA

Secretaria

CARLOS ISAAC NADER

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GOMEZ

ISAURA VARGAS



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

