

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GOMEZ

Radicación No. 33819

Acta No.28

Bogotá, D.C., veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009).

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por EL BANCO POPULAR S. A, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la sentencia proferida por la Sala Décimo Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 29 de junio de 2007, en el proceso ordinario laboral que le promovió DARIO DE JESUS ZAPATA HERRERA y al cual fue llamado el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES como litisconsorte necesario.

ANTECEDENTES

DARIO DE JESUS ZAPATA HERRERA demandó al BANCO POPULAR S.A., con el fin de que fuera condenado a reconocerle y pagarle la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, a partir del 11 de marzo de 2005, inclusive las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre y las costas procesales.

Fundamentó sus peticiones en que laboró para el demandado, desde el 5 de abril de 1972 hasta el 11 de agosto de 1992, en diferentes cargos, con una “suspensión de labores” (folio1) de tres (3) meses y cuatro (4) días; su último salario devengado fue de \$291.231,38; nació el 11 de marzo de 1950; el Banco a la fecha en que se desvinculó era una sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; cuyos servidores ostentaban la calidad de trabajadores oficiales y cumplió 55 años de edad el 11 de marzo de 2005.

Agregó el demandante que, al momento de su retiro, tenía derecho a la pensión de jubilación, a

partir del cumplimiento de la edad requerida, por haber laborado durante más de 20 años a la entidad; que es beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985; que durante la relación laboral, el empleador lo afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Dice el actor que a partir del 1º de abril de 1994 y hasta el 11 de marzo de 2005 no tuvo ingresos laborales ni efectuó aportes al sistema de pensiones, por tanto, para cuantificar el monto de la pensión a que se refiere la Ley 33 de 1985, se debe observar lo establecido en el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, pero es necesario actualizar el salario promedio mensual devengado en el último año de servicios en los términos previstos por el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como soporte cita el pronunciamiento de esta Corte de 30 de noviembre de 2000, radicación 13336, indica que la fórmula para actualizar año por año el salario promedio devengado durante el último año de servicios, es la prevista en el artículo 11 del Decreto 1748 de 1995, la cual describe y efectúa las correspondientes operaciones matemáticas, concluye que el salario actualizado al 11 de marzo de 2005 es de \$1.414.131,38 al cual se le aplica el 75% para determinar el monto de la mesada, que arroja un resultado de \$1.060.598,54. Afirma que el Banco Popular S.A. negó el reconocimiento y pago de la pensión.

Al dar respuesta a la demanda (folios 38 a 72 del cuaderno del juzgado), el accionado se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, reconoció como ciertos los extremos laborales y la duración de la vinculación con el demandante, la calidad del Banco y sus servidores, la afiliación al I.S.S., explicó que la pensión del demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida y de conformidad con el sistema de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ésta se causa cuando cumpla 60 años de edad y tenga el número de semanas de cotización requeridas, que el sistema de liquidación propuesto por el actor, vulnera el principio de inescindibilidad, al pretender crear una nueva normatividad producto de la “transposición” de partes del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 33 de 1985, que la indexación solamente esta prevista para las pensiones liquidadas en los términos establecidos en la Ley 100 de 1993, pero ésta se aplica a las pensiones que estén en cabeza del I.S.S., más no para las otorgadas por otra entidad, que el 11 de marzo de 2005 cuando el demandante cumplió los 55 años de edad, el Banco Popular S.A. era una entidad de carácter privado desde el 21 de noviembre de 1996, razón por la cual la pensión está a cargo del I.S.S.

Así mismo, asegura el accionado, que el demandante se retiró de la entidad financiera el 11 de agosto de 1992, teniendo solamente una expectativa de pensionarse, toda vez que no tenía la edad requerida para obtener la pensión, que las situaciones jurídicas y los efectos cumplidos mientras el banco era de carácter oficial, se rigen por la ley especial, pero si éstos ocurren con posterioridad, cuando la entidad ostenta la condición de “entidad particular”, están sometidos al régimen aplicable para las instituciones financieras privadas, reprodujo la parte pertinente del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de 16 de julio de 1998, radicación No 1104, el cual señala:

“(…) Significó un cambio en el régimen de pensiones que se les venía aplicando en su calidad de servidores públicos (...) El reconocimiento y pago de las pensiones de vejez (...) está a cargo del Instituto de Seguros Sociales, pues los servidores de aquella entidad están afiliados al I.S.S. desde el año de 1967 (...) Como la entidad privatizada cotizó al ISS desde el 1º de enero de 1967, y la ley 33 de 1985 (...) quedó integrada con la ley 100 de 1993, la pensión respectiva está a cargo del Instituto de Seguros Sociales (...)”.

Concluye la entidad demandada, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, corresponde al I.S.S. el reconocimiento y pago de las pensiones de los extrabajadores del Banco

Popular S.A. afiliados a dicho instituto, desde el 1º de enero de 1967 o desde la fecha de ingreso a la entidad, y quedan solamente a su cargo las pensiones generadas en acuerdos conciliatorios, ó cuyos derechos se hubiesen adquirido al 1º de abril de 1994, pero no cobija las provenientes de pactos o convenciones colectivas, por cuanto el referido banco no acordó pagarlas. Sobre la indexación hizo referencia al salvamento de voto presentado por el magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS, a la sentencia de esta Corte, correspondiente al radicado 19442, al respecto expresó, que en el evento que se acepten las pretensiones del demandante, el monto de la pensión no sería del 75% del promedio del último año de servicios, ni habría lugar a indexación, sino que debe liquidarse de acuerdo con lo ordenado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En su defensa propuso las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación.

De otra parte, el Instituto de Seguro Social como integrante de la litis, al contestar la demanda (folios 101 a 103 del cuaderno del juzgado), a través de su apoderada judicial, manifestó que se oponía a las pretensiones, en cuanto a los hechos, indicó que algunos no le constaban y que otros eran afirmaciones dirigidas en contra del Banco Popular S.A., a quien le correspondía aceptarlos o negarlos, como “consideración subsidiaria”, dijo que en caso de ser condenado el ISS a pagar alguna suma de dinero, esta no sea con carácter retroactivo por cuanto en ningún momento se puede demostrar mala fe por parte del Instituto.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, improcedencia de la indexación de las condenas e imposibilidad de condena en costas.

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 11 de agosto de 2006 (folios 112 a 121 del cuaderno del juzgado), condenó al Banco demandado al pago de la “pensión de vejez”, inclusive las mesadas adicionales de junio y diciembre, a partir del 12 de marzo de 2005, en cuantía de un salario mínimo legal vigente, hasta que el demandante cumpla los requisitos para que la prestación sea asumida por el Instituto de Seguro Social; así mismo, lo condenó a pagar como retroactivo pensional, incluidas las mesadas adicionales, y el mes de agosto de 2006, la suma de \$8.110.116; ordenó al Instituto de Seguro Social, pagar la “pensión de vejez”, con sus mesadas adicionales e incrementos, una vez el actor cumpla con la edad de 60 años, esto es, a partir del 11 de marzo de 2010 y en cuantía determinada conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al conocer del proceso, por apelación interpuesta por las partes, la Sala Décimo Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante fallo del 29 de junio de 2007 (folios 141 a 162 del cuaderno del Tribunal), modificó la condena impuesta por el a quo, en cuanto al monto de la pensión, dado que el “monto de la primera mesada, a partir del 12 de marzo de 2005, asciende a la suma de UN MILLÓN SESENTA MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS M/L (\$1.060.598.54)”, adicionó la sentencia en el sentido “que una vez el I.S.S asuma el pago de la pensión de vejez, con sus mesadas adicionales e incrementos, una vez el demandante cumpla los 60 años de edad, es decir, a partir del 11 de marzo de 2010, el BANCO POPULAR S.A asumirá el mayor valor entre la PENSIÓN DE JUBILACIÓN que este pagando y la PENSIÓN DE VEJEZ, si lo hubiere”, y confirmó en lo demás.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal dijo que, si a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la entidad era de derecho público y el trabajador tenía 20 años o más de

servicios y su retiro se efectuó antes de su transformación, la entidad asume el pago de la pensión cuando cumpla la edad, de acuerdo con los requisitos de pensión de jubilación que rigen el sector público, esto es, las Leyes 6ª de 1945 y 33 de 1985, que no se pueden desconocer las cotizaciones efectuadas al I.S.S., tanto por la entidad como por el trabajador, que una vez éste asuma el pago de la “pensión de vejez”, la entidad empleadora que venía a cargo de la pensión de jubilación, sólo tendrá que asumir el mayor valor, si lo hubiere.

Agrega el ad quem, que:

“(…) a partir de la vigencia del Decreto 2527 del 4 de diciembre del año 2000, por medio del cual se reglamentaron los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993 y parcialmente, el 17 de la Ley 549 de 1999, se estableció de modo expreso en su artículo 1 numerales 2 y 3, LOS ÚNICOS CASOS en los que las entidades de derecho público continuarían asumiendo el pago de pensiones:

“Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones. Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan pensiones, continuarán reconociéndolos o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quiénes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos:

(…) 2 (…)

3. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según fuere el caso, hubieren cumplido veinte años servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque en la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados, al sistema general de pensiones” (Subrayas fuera del texto original)”

A renglón seguido, manifiesta que ese Tribunal, al acoger las sentencias reiteradas de esta Sala de la Corte, con Radicados Nos 17388 de 23 de mayo de 2002, 18963 de 11 de diciembre de 2002, 19440 de 18 de febrero de 2003 y 23259 de 5 de octubre de 2004), 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, pues su condición jurídica no puede cambiar por la transformación posterior de la entidad y por eso, una vez acredite los requisitos exigidos por la legislación aplicable en su caso concreto (Leyes 33 de 1985 y 6ª de 1945) para acceder a la pensión de jubilación, el trabajador tendrá derecho a su reconocimiento.

Frente al tema de la indexación de la primera mesada pensional, el Tribunal adujo que, se trata de un mecanismo que permite ajustar el valor autorizado por la Ley, ante la devaluación de la moneda, como fundamento cita las sentencias de esta Corporación de fechas 27 de abril de 2005, Radicación No 24093, 29 de noviembre de 2005, Radicado No 25.540.

Luego el ad quem, sobre la fórmula adoptada para efectuar la indexación, expresa que se han establecido varias pautas jurisprudenciales, “atendiendo a la situación en cada caso concreto”, y concluye que:

“(…) En un caso como el presente, en el que se condena a la entidad empleadora a asumir el

pago de la pensión de jubilación mientras el I.S.S. asume la de vejez, debe tenerse en cuenta es el promedio del salario del último año de servicios, pues lo que se busca es ACTUALIZAR EL IBL desde la fecha de DESVINCULACIÓN hasta LA FECHA DE CUMPLIMIENTO DE LA EDAD DE JUBILACIÓN. De manera que acogiendo la fórmula adoptada en la providencia 13.336 del 30 de noviembre del 2000, debe partirse de dicho promedio salarial, el que luego se multiplica por los IPC de los años a actualizar, después se multiplica por el número de días de salario de cada año y se divide por e (sic) total de días que transcurrieron desde la fecha del retiro a la del cumplimiento de la edad para la pensión.

Seguidamente, dice el ad quem, que al analizar la situación del demandante, se tiene que:

“• El demandante laboró desde el 5 de abril de 1972 y hasta el 11 de agosto de 1992, al servicio de EL BANCO POPULAR S.A., es decir, más de 20 años.

• Para la época de terminación del vínculo laboral, el BANCO POPULAR S.A. era una sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Esta entidad se transformó en una empresa de derecho privado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100, pues tal hecho sucedió mediante Decreto 1118 del 29 de junio de 1995 y la enajenación que se realizó el 21 noviembre de 1996.

• Para la época de la terminación del vínculo laboral se encontraba vigente en materia de pensiones del sector público, la Ley 33 de 1985.

• El demandante nació el 11 de marzo de 1950, es decir, que: Cumplió 55 años de edad el 11 de marzo de 2005 y cumplirá los 60 años de edad, el 11 de marzo de 2010.

• El Banco Popular S.A. afilió al demandante al I.S.S. y efectuó cotizaciones entre el 5 de abril de 1972 y el 2 de octubre de 1992.

• De acuerdo a la información aportada al proceso, a partir del mes de octubre de 1995 el demandante continuó cotizando al I.S.S a través de diferentes empleadores del sector privado y de acuerdo con dicha entidad del sistema de seguridad social, para el 21 de junio de 2005, fecha de la certificación, había cotizado 1134 semanas aproximadamente.

• Por lo analizado en el numeral 3 de esta providencia, y en tanto el demandante laboró para el Banco Popular por más de 20 años; que al momento del retiro, era una sociedad de economía mixta del orden nacional y siendo beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100, conservó el derecho de reclamar de su empleador oficial la pensión de jubilación, cuando cumpliera los 55 años de edad, quedando a cargo de éste, al iniciarse el pago por parte del ISS, el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de jubilación y la de vejez.

De manera que el 11 de marzo de 2005 nació el derecho a la pensión del demandante, fecha en la que cumplió los 55 años de edad. La demanda que dio origen a este proceso fue presentada el 7 de abril de 2005.

Por ser beneficiario del régimen de transición y haberse causado el derecho dentro de la vigencia de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión es el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario del último año, por lo que debe actualizarse el ingreso base de liquidación desde la fecha de desvinculación hasta el cumplimiento de la edad, oportunidad en la que adquirió el derecho.

Para efectuar la liquidación se tendrá en cuenta la información de los salarios devengados en el último año –1992–, es decir, \$291.231.00, procediendo la actualización del IBL, desde la fecha de desvinculación hasta el cumplimiento de la edad, oportunidad en la que adquirió el derecho, con base en las pautas señaladas por la Corte Suprema de Justicia en providencia del 30 de noviembre del 2000, radicado 13.336.

Para actualizar desde el 11 de agosto de 1992 (fecha de desvinculación) hasta el 11 de marzo de 2005 (fecha de cumplimiento de la edad), se procede así:

(...)

De acuerdo con lo anterior, si el SBC indexado para el año 2005 es de \$1.491.102, entonces el valor de la pensión asciende a \$1.118.327.00, suma que corresponde al 75% de dicho valor.

No obstante lo anterior, y en tanto en el recurso el demandante insiste en que la cuantía de la primera mesada es de \$1.060.598, 54, así deberá concederse, dadas las limitaciones que sobre facultades ultra petita se cuenta en la segunda instancia”.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandado, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, revoque “en todas sus partes y, en su lugar, absuelva al Banco Popular de todas las pretensiones de la demanda”. (Folio 12)

Como petición subsidiaria, en el evento que la Corte considere procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación, solicita se case la sentencia impugnada “en cuanto modificó el monto de la pensión de la primera mesada pensional, y que en sede de instancia, confirme en todas sus partes el fallo del a -quo”. (Folio 13)

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que no fueron replicados y enseguida se estudian.

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia recurrida de interpretar erróneamente los artículos 3º y 76 de la Ley 90 de 1946, el Acuerdo 224 de 1966, los artículos 5º y 27 del Decreto 3135 de 1968; 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969; 2º del Decreto Ley 433 de 1971, 6º, 7º y 134 del Decreto 1650 de 1977; 1º y 13 de la Ley 33 de 1985; 28 y 57 del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 de 1989; 11, 36, 133, 141, 151 y 289 de la Ley 100 de 1993, 3º y 4º del C. S. T. y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

En la demostración sostiene el censor que el Tribunal debió considerar que la naturaleza jurídica que ostenta el empleador es la que determina el régimen a aplicar a sus trabajadores; que al ser el Banco una entidad privada, al momento que el actor cumplió los requisitos para acceder a la pensión, el régimen a aplicar es el privado; que el Banco se privatizó a partir del 21 de noviembre de 1996, antes de que el demandante cumpliera la edad de 55 años, lo que ocurrió el 12 de marzo de 2005, por lo que no había reunido los requisitos para el reconocimiento de la

pensión reclamada y solo tenía una mera expectativa, al momento de la privatización, hecho que, dice, trajo como consecuencia el cambio de régimen aplicable; que esta Corporación ha señalado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, remite al régimen de pensiones al cual se encontraban afiliados los trabajadores, por lo que debe entenderse que es el propio de los trabajadores particulares, por haber estado vinculados los del Banco al Instituto de Seguros Sociales; que conforme a lo dispuesto por el artículo 76 de la Ley 100 de 1993, el seguro de vejez reemplazó a la pensión de jubilación; que el artículo 2° del Decreto Ley 433 de 1971, dispuso que estarían sujetos al Seguro Social Obligatorio "...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." (Folio 15)

Señala, igualmente la censura, que la asimilación de los trabajadores oficiales a los particulares, ya había sido establecida por el artículo 3° de la Ley 90 de 1946; que en el caso del demandante, que cumplió la edad cuando el Banco era privado, al estar afiliado al ISS, no le corresponde aplicar la Ley 33 de 1985, sino la Ley 90 de 1946, el Acuerdo 224 de 1966, Decreto- Ley 433 de 1971, Decreto 1650 de 1977 y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990; que el Acuerdo 224 de 1966, dispuso que quedaban sujetos al seguro social obligatorio, los trabajadores que mediante contrato de trabajo prestaran sus servicios a entidades de derecho público, en la construcción o conservación de obras públicas y en empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales; que en el Acuerdo 049 de 1990, entre los afiliados en forma facultativa, están comprendidos los servidores de las entidades oficiales del orden estatal que, al 17 de julio de 1977, se encontraban registradas como patronos ante el ISS, que, dice, es precisamente la situación del actor; que en el presente caso el demandante resultó asimilado a un trabajador particular, por lo que, en términos del artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, el derecho a la pensión, lo debió adquirir al cumplir 60 años de edad y al acreditar un mínimo de 1000 semanas.

Agrega que si el demandante no consolidó el derecho mientras el Banco fue oficial, deben aplicársele las condiciones del nuevo régimen particular, pues conforme al artículo 17 de la Ley 153 de 1887, "Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley que las anule o cercene"; que del contenido de la sentencia C – 789 de la Corte Constitucional, se concluye que al actor no lo cobija el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, toda vez que no tenía vigencia el vínculo laboral, al momento de entrar en vigor el sistema; que se confirma que el demandante sólo tenía una mera expectativa, con lo señalado en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993 y en las sentencias C – 147 y C – 596 de 1997 de la Corte Constitucional.

Termina señalando que al no entender el Tribunal que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 433 de 1971, que los trabajadores oficiales afiliados al ISS se asimilaban a los trabajadores particulares, violó las disposiciones señaladas en la proposición jurídica.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

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, los trabajadores apenas gozaban 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 les debe 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 les 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 en numerosas ocasiones esta Sala, 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, 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 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”.

Además, 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 cotizado 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 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.

Con relación a quién debe ser obligado en estos eventos a reconocer a los trabajadores oficiales su derecho pensional, en sentencia que se reitera, del 29 de julio de 1998, radicada con el número 10803, esta Corporación dijo que:

“(…) 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...”.

Igualmente, al estudiar la Corte un caso contra la misma entidad bancaria, con características similares, en sentencia del 25 de junio de 2003 radicado 20114, reiterada en decisiones del 17, 26 de marzo, 27 de julio de 2004 y 8 de octubre de 2008, radicados 22681, 22789, 22226 y 34643 respectivamente, 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 1° 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 1° 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 2° 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 (sic) 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 pesar 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).

Ante las anteriores argumentaciones, las cuales se reiteran, es del caso desestimar la acusación.

SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia recurrida de violar por la vía directa, en el concepto de interpretación errónea, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968 y 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969 y 1º y 13 de la Ley 33 de 1985.

En la demostración dice el censor que, en el caso de que se considere que la pensión debe estar a cargo del Banco demandado, su actualización no es procedente, como lo dispuso el Tribunal apoyándose exclusivamente en pronunciamientos jurisprudenciales plasmados en sentencias de esta Corporación del 27 de abril de 2005 (Rad. 24.093), 29 de noviembre de 2005 (Rad. 25.540), 14 de noviembre de 2006 (Rad. 26.7132) y 13 de julio de 2006 (Rad. No 26.028), pues la pensión reclamada por el actor no es de aquellas previstas en la Ley 100 de 1993, pertenecientes al Sistema General de Pensiones, dado que se desvinculó del Banco con anterioridad al 1º de abril de 1994.

En apoyo de lo anterior transcribe apartes de un salvamento de voto, realizado respecto de la decisión de esta Sala, radicación 21460.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En torno a lo que se ha denominado por la jurisprudencia la indexación de la primera mesada pensional, esta Sala de la Corte ha aceptado la revaluación del ingreso base de liquidación de pensiones, y fincada siempre en lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, que ha considerado, son los que dan la base normativa para proceder a dicha actualización, para aquellas pensiones que se causen a partir de su vigencia, inclusive aquellas que, aunque reguladas por la legislación anterior, se encuentran cobijadas por el régimen de transición, previsto en el mencionado artículo 36 ibídem.

Así lo ha sostenido en múltiples sentencias, como las del 16 de febrero de 2001 (rad. 13092), 26 de septiembre de 2006 (Rads. 27120 y 28384) 14 de noviembre de 2006 (Rad. 28807), y 12 de junio de 2008 (Rad. 32271).

Además, se ha dicho que la Corte Constitucional, en las sentencias C-862 y C-891 A de 2006, refrendó el criterio de esta Corporación respecto al vacío normativo existente en torno a lo que se ha designado la indexación de la primera mesada, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, que, estimó, contraría los mandatos 48 y 53 de la Constitución que ordenan mantener el poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones y su reajuste periódico, por lo que declaró la exequibilidad de los apartes concernientes al monto del derecho pensional consagrado en los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8° de la Ley 171 de 1961, “en el entendido de que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor - IP- certificado por el DANE”.

Se aludió concretamente en tales sentencias a que las referidas normas omitían consagrar la indexación del salario base, para liquidar las pensiones de los trabajadores que se desvinculan de su empleador sin tener la edad para pensionarse, por lo que su salario necesariamente sufre la afectación derivada de la inflación.

Con las decisiones de constitucionalidad de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8° de la Ley 171 de 1961, ciertamente se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993). Es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C- 862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida corrección.

En esas condiciones, esta Sala de la Corte modificó su posición frente al tema, para, tomando como fuente supralegal la Constitución de 1991, reconocer la actualización del ingreso base de liquidación de las pensiones causadas bajo la vigencia de la Carta, esto es, a partir del 7 de julio de 1991, en que entró en vigor, pues este es el fundamento jurídico que le sirvió a la Corte Constitucional sentencia de exequibilidad, bajo el entendido “...de que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor - IP- certificado por el DANE.”

Lo anterior, porque, al armonizar el nuevo pronunciamiento constitucional con la jurisprudencia de esta Sala en torno al tema, cabe reafirmar que, antes de la fecha indicada en que entró a regir la nueva constitución, no existía el mencionado sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, con la Ley 100 de 1993.

De este modo, la Sala, por mayoría de sus integrantes, fijó su criterio, sobre el punto aludido de la indexación, con lo cual recogió el fijado en otras oportunidades, tal como lo expresó en fallo del 20 de abril del 2007 (Rad. 29470), en donde se dijo:

“Esta Corporación en otros asuntos análogos, en donde se analizaron argumentos semejantes a los que se plantean en la demanda, 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, al quedar expresamente consagrada en dicha norma la actualización del ingreso base de liquidación de las pensiones, de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor certificado por el Dane. Así lo definió en sentencia del 16 de febrero de 2001, radicación 13092, y lo ha venido reiterando hasta ahora en muchas otras, siendo una de las más recientes la del 14 de noviembre de 2006, radicado 28807”.

“No obstante lo anterior, el tema de la actualización del salario base para liquidar las pensiones de jubilación fue objeto de reciente pronunciamiento en las sentencias C-862 y C-891A de 2006, en las que se declaró la exequibilidad de los apartes concernientes al monto del derecho pensional consagrado en los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8 de la Ley 171 de 1961, “en el entendido de que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor, IPC, certificado por el DANE”.

“En tales sentencias se aludió a la omisión del legislador de consagrar la indexación del salario base, para liquidar las pensiones de los trabajadores que se desvinculan de su empleador, sin tener la edad para pensionarse, y cuyo salario sufre necesariamente una afectación, derivada de fenómenos como el de la inflación; se hizo un recuento legislativo de la indexación en distintos ámbitos, para llegar a la previsión contenida en la Ley 100 de 1993, respecto a la actualización del ingreso base de liquidación de las pensiones previstas en esa normatividad, como para las del régimen de transición. Así mismo, rememoró la evolución de la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, la que en su propósito de unificar la jurisprudencia, ha fijado el alcance y el sentido de las diferentes normas y dado las pautas para solucionar los casos, que no encuentren una regulación legal expresa”.

“El vacío legislativo, en punto a la referida actualización del salario base para liquidar las pensiones distintas a las previstas en la Ley 100 de 1993, sostuvo la Corte Constitucional, en su función de analizar la exequibilidad de las normas demandadas (art. 260 CST y 8º Ley 171 de 1961), debe subsanarse a efecto de mantener el poder adquisitivo de las pensiones, conforme a los artículos 48 y 53 de la C.P. Así estableció que dicha omisión del legislador no puede afectar a una categoría de pensionados, y que, por ende, corresponde aplicarles la legislación vigente para los otros, con el mecanismo de la indexación, que les permita una mesada pensional actualizada”.

“Frente al tema, antes de la Ley 100 de 1993, esta Sala había considerado la actualización de la base salarial para liquidar las pensiones, pese a no encontrar consagración legal, puesto que sólo existían las normas referentes a los reajustes anuales -Leyes 4ª de 1976 y 71 de 1988-, o la indemnización por mora -Ley 10ª de 1972-, después de estimar aplicables principios como la justicia y la equidad, para lograr el equilibrio social característico del derecho del trabajo; igualmente se consideraron y atendieron figuras como la inflación y la devaluación de la moneda colombiana, fenómenos económicos públicamente conocidos, que acarrearán la revaluación y la depreciación monetaria (Sentencia 8616 de agosto de 1996)”.

“Así mismo, la mayoría de la Sala de Casación Laboral, sobre los casos de las personas que no tenían un vínculo laboral vigente, ni cotizaciones durante todo “..el tiempo que les hiciera falta para (pensionarse)”, como lo establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para quienes, amparados por el régimen de transición allí previsto, les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, ofreció una solución con la finalidad de impedir que la mesada pensional de ese contingente quedara menguada, por carecer de valores correspondientes al citado período (salarios o aportes); así, se logró integrar el ingreso base de liquidación de la pensión, con la

actualización del salario, sustentado en el IPC certificado por el DANE, entre la fecha de la desvinculación y la de la fecha del cumplimiento de los requisitos de la pensión, tal cual quedó explicado en la sentencia 13336 del 30 de noviembre de 2000, reiterada en múltiples oportunidades”.

“Pues bien, con las decisiones de constitucionalidad de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8 de la Ley 171 de 1961, la Corte Constitucional orientó su tesis, contenida en la sentencia C-067 de 1999, atinente al artículo 1 de la Ley 445 de 1998, de estimar razonable y justificado, como viable, que el legislador determinara unos reajustes e incrementos pensionales, según los recursos disponibles para ellos, es decir, que había hallado factible una reglamentación pensional diferenciada. Pero reexaminado ese criterio por la citada Corporación, que ésta acepta, se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993); es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C- 862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida indexación”.

“En esas condiciones, corresponde a esta Corte reconocer la actualización del salario base de liquidación de las **pensiones legales causadas a partir** de 1991, cuando se expidió la Constitución Política, porque este fue el fundamento jurídico que le sirvió a la sentencia de exequibilidad. Así es, puesto que antes de ese año no existía el mencionado sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, la Ley 100 de 1993”.

“De este modo, la Sala, por mayoría de sus integrantes fija su criterio, sobre el punto aludido de la indexación, con lo cual recoge el fijado en otras oportunidades, como en la sentencia 11818 de 18 de agosto de 1999”.

“Valga aclarar que si bien el artículo 260 del C.S.T. regula la situación pensional de trabajadores privados, ello no es impedimento para que esta Sala traslade las motivaciones y consideraciones a esta clase de asuntos, en que el actor tiene la calidad de trabajador oficial, puesto que la argumentación para justificar aplicable la figura o actualización de la base salarial, es la misma para cualquier trabajador, sea este privado o público. Así se afirma, porque la merma de la capacidad adquisitiva se pregona tanto del uno como del otro, la devaluación de la moneda la sufren todos los asociados y las consecuencias que ello conlleva la padecen la generalidad de los habitantes de un país, sin exclusión alguna. De manera tal que frente a la universalidad de los principios consagrados en la Constitución Política, estos son aplicables a unos y otros que, en definitiva son los que le dan soporte a la indexación, en beneficio de toda clase de trabajadores”.

“Ahora, debe recordarse que en el caso del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, la sentencia de exequibilidad señaló en su parte considerativa que a los beneficiarios de esa norma, se les debe “aplicar el mecanismo de actualización de la pensión sanción previsto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, esto es, el índice de precios al consumidor, respecto del salario base de liquidación y de los recursos que en el futuro atenderán el pago de la referida pensión” (sentencia C-891 A); de modo que se evidencia que el parámetro que se tuvo en cuenta para igualar a los pensionados en lo tocante a la actualización del IBL, fue el artículo 133 de la reseñada Ley 100 de 1993”.

“En ese sentido, la sentencia C-862, sobre la constitucionalidad del artículo 260 del CST tuvo como medida de la actualización del salario base de la jubilación la “variación del índice de

precios del consumidor IPC certificada por el DANE,” y en el componente motivo de esa decisión se aludió explícitamente a aquella normatividad, para adoptarla como pauta o patrón de la igualdad de sus beneficiarios, respecto a los que no lo son, y que, se dijo, tienen derecho a la referida actualización. Así se observa, por ejemplo en la sección de la sentencia en la cual, después de aludir a los artículos 21 y 36 de la Ley 100, se expuso “En esa medida se considera que la indexación, al haber sido acogida por la legislación vigente para los restantes pensionados, es un mecanismo adecuado para la satisfacción de los derechos y principios constitucionales en juego”.

“Consecuencia necesaria de tales aserciones, es la de que, en los casos en los cuales procede la aplicación de la indexación para el salario base de las pensiones legales, distintas a las consagradas en la ley de seguridad social, o de aquellas no sujetas a su artículo 36, causadas a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, deben tomarse como pautas las consagradas en la mencionada Ley 100 de 1993; esto es, actualizando el IBL anualmente con el índice de precios al consumidor.” (Subrayas fuera de texto).

En conclusión, con mayor razón ahora, estima la Sala, con base en las anteriores consideraciones que constituyen la posición de la mayoría en torno al tema, extendido hoy en día, aun para las extralegales, que no incurrió en dislate alguno el Tribunal al modificar la decisión del a quo en el sentido de ordenar la indexación del ingreso base de liquidación de la pensión reconocida al actor, toda vez que ésta se causó el 11 de marzo de 2005, no solo cuando ya estaba en vigencia la Constitución de 1991, sino además la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Sin costas en el recurso extraordinario por cuanto la demanda de casación no 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 Décimo Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 29 de junio de 2007, en el proceso ordinario adelantado por el señor DARÍO DE JESUS ZAPATA HERRERA contra el BANCO POPULAR S.A y al cual fue llamado el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES como litisconsorte necesario.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

CAMILO TARQUINO GALLEGU

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

ISAURA VARGAS DÍAZ



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

