

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

Rad. No. 38720

Acta No. 22

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil diez (2010).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por ambas partes, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 29 de agosto de 2008, en el proceso ordinario laboral promovido por GONZALO ARROYO JOVEN contra el BANCO POPULAR S.A.

ANTECEDENTES

El proceso fue promovido para que se declare que el actor prestó sus servicios a la demandada en su condición de trabajador oficial por más de 20 años; en consecuencia, se le reconozca y pague la pensión vitalicia de jubilación a partir del 26 de diciembre de 2003, en cuantía no inferior al 75% de su salario promedio devengado en el último año de servicios, el pago de las mesadas atrasadas, incluidas las adicionales, reajustadas con el IPC, junto con los auxilios de la convención colectiva de trabajo vigente, extensibles por ley a los pensionados; igualmente reclama la indexación de la primera mesada y el pago del auxilio, bonificación o prima de “retiro por pensión”.

Expuso que prestó sus servicios al BANCO POPULAR S.A., desde el 21 de julio de 1972, por lo que el mismo día de octubre de 2004, cumplió 32 años y 3 meses de labores; desde su ingreso ha ocupado diferentes cargos y en la actualidad se desempeña como Supernumerario 2 de la Gerencia Zona Sur, en la ciudad de Cali; su actual asignación salarial mensual es de \$1.504.086.30; desde su constitución hasta el 21 de noviembre de 1996, el Banco fue una sociedad de economía mixta del orden nacional adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sometida al régimen de las empresa industriales y comerciales del Estado; por lo que sus servidores tenían la calidad de trabajadores oficiales; es beneficiario del régimen de transición y de la convención colectiva de trabajo; solicitó directamente a la demandada el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, pero se la negó.

El BANCO POPULAR S.A. se opuso a las pretensiones; de los hechos admitió lo relativo a la relación laboral, sus extremos temporales, cargo, edad, la calidad de trabajador oficial, la naturaleza jurídica de la entidad, la reclamación del actor y la correspondiente respuesta; los restantes, los negó; propuso las excepciones de “prescripción”, “subrogación del riesgo de vejez por parte del ICSS, hoy Instituto de Seguros Sociales”, “inexistencia del derecho reclamado”, “–inaplicabilidad de la Ley 33 de 1985”, “falta de requisitos para la pensión impetrada”, y “cobro de lo no debido”.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., en sentencia del 27 de octubre de 2006, condenó al BANCO POPULAR S.A. a reconocer y pagar al actor la pensión legal contemplada en la Ley 33 de 1985, “a partir de la fecha en que se acredite el cumplimiento de la edad de 55 años y el retiro del servicio, la cual se reconocerá con base en el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, con los respectivos reajustes de ley”; además, determinó que la pensión sería compartida con la de vejez del ISS, quedando a cargo del Banco el mayor y absolvió de las demás pretensiones; dejó las costas a cargo de la accionada.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., mediante sentencia del 29 de agosto de 2008, revocó parcialmente la de primer grado, respecto a que el ingreso base de liquidación se liquide tomando como base el salario promedio devengado en el último año, “para en su lugar, ordenar que la pensión se liquide con base en el 75% de lo devengado por el trabajador entre el 1 de abril de 1994 y la fecha de retiro del servicio (...) Igualmente respecto de la petición de auxilio de retiro por pensión declarar probada la excepción de petición antes de tiempo”; anotó que no se causaron costas en la instancia.

Encontró acreditados los siguientes hechos:

- “1. El actor labora para la entidad bancaria demandada desde el 21 de julio de 1972 hasta la fecha, es decir, que para la fecha de presentación de la demanda (Noviembre 2 de 2004), ha laborado por espacio de 32 años, esto es aceptado por la parte demandada al contestar la demanda.
2. Cuando el actor cumplió veinte años para la entidad demandada ostentaba la calidad de trabajador oficial, pues por esa época era una sociedad de economía mixta.
3. El actor cumplió los 55 años de edad el 26 de diciembre de 2003, por haber nacido el 26 de diciembre de 1948, tal como se acredita con la certificación expedida por la Notaría Primera del Círculo de Buenaventura (folio 15).
4. Para la fecha anterior la entidad demandada ya había sido privatizada (fl. 43).
5. Desde el 4 de septiembre de 1972, el demandante ha estado afiliado al ISS, así se desprende del certificado de autoliquidación de aportes (folios 96 a 103)”.

Agregó que el Banco Popular es hoy una entidad privada, sin embargo, “teniendo en cuenta los extremos de la relación laboral y el tiempo de servicios, se concluye que cuando el actor cumplió 20 años de servicios, 21 de julio de 1992, el actor ostentaba la calidad de trabajador oficial y este carácter no se pierde por haberse cambiado la naturaleza jurídica de la entidad demandada posteriormente (21 de noviembre de 1996)”.

Reprodujo apartes de las sentencias de esta Sala del 18 de agosto de 1999, radicación 11818 y del 10 de agosto de 2000, radicación 14163; luego, señaló que independientemente de que el Banco Popular sea hoy una entidad de naturaleza privada, está obligado, en virtud del régimen de transición, al reconocimiento y pago de pensiones como la del demandante; también copió el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 e indicó que le era aplicable la Ley 33 de 1985.

Precisó que la fecha desde la que se debe reconocer la pensión de jubilación “surge a partir del retiro del servicio y no del simple cumplimiento de los requisitos, por tanto, el demandante no puede pretender devengar una doble asignación, esto es, salario y mesada pensional al mismo tiempo, así se ha determinado en artículo 8° de la Ley 71 de 1988, 9° del D.R. 1160 de 1989 y lo ha manifestado en forma reiterada nuestra H. Corte Suprema de Justicia”; citó, en tal sentido, las sentencias del 1 de noviembre de 2006 y del 22 de noviembre de 2007, sin indicar radicados.

Reprodujo el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y expuso:

“Teniendo claro, respecto del demandante que el mismo se encuentra amparado por el régimen de transición, por cumplir los requisitos del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme se expuso precedentemente, **consecuencia de** ello, adquiere, el derecho al reconocimiento de una pensión de vejez una vez acreditara la edad de 55 años y el retiro del servicio, siendo el monto de su pensión mensual vitalicia corresponde al 75% del Ingreso Base de Liquidación, monto determinado en la norma anterior (L. 33 de 1985), por remisión expresa del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.. ¿Por qué se cita la aplicación del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993?, pues, porque corresponde al caso del aquí demandante quien siendo unas de las personas referidas en el inciso 2° de la mencionada Ley a **quienes le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho a la pensión de vejez**, ya que a 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía acreditado el tiempo de servicios pero no así la edad de 55 años, o sea, **le faltaba para adquirir el derecho a la pensión: nueve (9) años, 9 meses y 26 días**, es decir, **el requisito de edad para adquirir su derecho a pensión lo cumplía el día 26 de diciembre de 2003**, fecha en la cual cumple cincuenta y cinco años de edad.

Simplificando, a la entrada en vigencia del sistema pensional consagrado en la ley 100 atrás referida, al demandante le faltaba para adquirir el derecho a la pensión: 9 años, 9 meses y 26 días, hecho que genera la aplicación automática del **inciso 3° del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993** al establecer que “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado, en el tiempo, que le hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación que expida el DANE.” (subraya y resalta **la Sala**), sin perder de vista que el demandante aún no se ha retirado del servicio para acceder a la prestación, por lo tanto, el IBL debe obtenerse bajo los presupuestos del inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, citado y dos veces transcrito, esto es, promediando el salario devengado en el periodo de tiempo transcurrido entre el 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993) y la fecha de retiro del servicio, pues así lo dispone la Ley aplicable al caso, respetando el régimen de transición. Por último se define, que una vez obtenido ese IBL en la forma atrás determinada, al valor obtenido se le debe aplicar el 75% generador del monto de la mesada pensional mensual que corresponde al accionante por mandato legal.

Con base en lo ya establecido, regresando a los términos de la controversia, para efectos de ser resuelta la misma, es evidente, que la razón esta del lado de la entidad demandada, porque el artículo 36 de la ley 100 de 1993, antes transcrito, de **ninguna manera establece** que, a los trabajadores beneficiarios del régimen de transición se les liquidará la pensión con base en el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Consecuencia de lo anterior, resulta imposible en este momento concretar el monto de la

pensión, toda vez que para la fecha de este proveído no se acreditado el retiro del servicio por parte del actor”.

Adujo que en razón a que el actor aún no se ha retirado del servicio, no hay lugar a indexar el ingreso base de liquidación de la pensión, “pues la pensión se deberá liquidar en el momento en que el señor Gonzalo Arroyo Joven se retire del servicio y con base en los salarios hasta tal fecha devengados, los cuales obviamente no han sufrido de devaluación monetaria alguna”.

Transcribió el artículo 14 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 2003 a 2005, relativo al “auxilio de retiro por pensión”, para señalar lo siguiente:

“Sin embargo, no es posible aplicar la norma anterior al caso de autos, en consideración a que el actor continúa laborando para la entidad accionada y es requisito indispensable para ser acreedor de este auxilio que el trabajador entre a disfrutar de la pensión de jubilación, que en el caso del actor solo ocurrirá cuando se retire del servicio.

De otro lado, la Convención Colectiva de Trabajo aportada tuvo vigencia hasta el año 2005 y se desconoce si por acuerdo posterior la misma fue modificada o continúan aplicándose las mismas disposiciones a efectos de establecer la existencia de la prestación deprecada.

Todo lo anterior permite concluir, que el demandante se adelantó en el tiempo al solicitar el reconocimiento del auxilio de retiro por pensión, pues se repite, para el momento de incoar la acción no se ha retirado del servicio.

Ahora bien, aunque el demandado en la contestación de la demanda no propuso la excepción de “petición anticipada”, a la justicia le corresponde declarar de oficio toda excepción que se encontrara probada aunque no haya sido propuesta. En esas condiciones, la Sala la declarará de oficio cumpliendo así con la obligación señalada en el artículo 306 del C.P. C., (...)

Por ende, debe prosperar la excepción denominada Petición Anticipada, ya que en estricto derecho se dificulta reconocer o denegar el auxilio pretendido, pues no se encuentran completos los requisitos para el momento de la reclamación y por tal imposible adelantarnos a los hechos cogiendo por asalto anticipado no solo a la jurisdicción sino a la contra parte que solo puede ser condenada y solo puede defenderse por hechos hasta la presentación de la acción. En esta causa es evidente que la petición esta hecha antes de tiempo y en tal sentido debe prosperar la excepción en forma oficiosa, decisión esta que no implica negación del derecho solicitado, que SI bien si se consolida podrá pedirse posteriormente pero no ahora dentro de esta línea o ruta procesal”.

Aludió al artículo 141 de la ley 100 de 1993 e indicó que en el presente caso, “no hay lugar a condena por interés moratorio, toda vez que la entidad demandada no ha incurrido en mora en el pago de mesadas pensionales, pues la pensión solo puede ser liquidada y debe empezar a cancelarse cuando el trabajador se retire definitivamente del servicio”.

RECURSOS DE CASACIÓN

Se analizará primero el recurso del Banco accionado, en tanto persigue, principalmente, un fallo absolutorio, que dejaría sin efecto el propuesto por el demandante.

CARGO ÚNICO DE LA PARTE DEMANDADA

Persigue se case la sentencia impugnada, para que en sede de instancia, revoque la del a quo, y

en su lugar, lo absuelva de todas las pretensiones; en subsidio, se modifique lo resuelto por el a quo en cuanto a la liquidación del IBL y en su lugar se disponga que “la pensión del demandante deberá ser liquidada con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios de acuerdo con lo previsto en la Ley 33 de 1985”; con ese propósito formula un cargo, oportunamente replicado.

Denuncia la interpretación errónea de “los artículos 3° y 76 de la Ley 90 de 1946, 5° y 27 del Decreto Ley 3135 de 1968; 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 1985; 11, 36, 133, 151 y 289 de la Ley 100 de 1993, 3° y 4° del Código Sustantivo del Trabajo y los Acuerdos expedidos por el Instituto de Seguros Sociales números 224 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 de 1966 y 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990”.

Al sustentar la acusación, aduce que no podía considerar el Tribunal que el cambio de composición de acciones de la sociedad, estando el trabajador a su servicio, y además, afiliado al ISS, no afectara la naturaleza de la vinculación, pues son esas las circunstancias que hacen inaplicables al caso las disposiciones legales en las que el ad quem fundamentó la condena; agrega que en situaciones de privatización de una entidad de naturaleza pública, como el Banco Popular, sólo es aplicable la Ley 33 de 1985 y el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en los eventos en los que el funcionario hubiese finalizado sus servicios en la condición de trabajador oficial; cita, en su apoyo, la sentencia de esta Sala del 14 de marzo de 2001, radicación 15100.

Expone que el Banco fue privatizado a partir del 20 de noviembre de 1996, es decir, mucho antes de reunir el trabajador la totalidad de los requisitos para el reconocimiento de la pensión oficial, lo cual ocurrió el 26 de diciembre de 2003; agrega que la naturaleza jurídica que ostenta el empleador determina el régimen legal aplicable a sus servidores, por lo que 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 de los empleados oficiales; además, expone que no está obligada a reconocer pensión de jubilación al actor; añade que el régimen anterior al cual alude el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es el de los particulares, “por haber sido éstos asegurado por el Instituto de Seguros Sociales”.

Copia el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y el 2 del Decreto Ley 433 de 1971 y luego señala:

“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, continúa haciéndolo cuando la entidad es una sociedad anónima de derecho privado y estando afiliado al Instituto de Seguros Sociales por los riesgos de IVM, como sería la situación que se presenta con el señor Gonzalo Arroyo Joven, 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 copartícipes” (Art. 1 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 Gonzalo Arroyo Joven, 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 continúa afiliado al Instituto de Seguros Sociales y siguen pagando las cotizaciones correspondientes a los riesgos de IVM para los efectos del seguro social obligatorio, hecho éste que no fue 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 cuando la entidad era una sociedad de economía mixta, resultó asimilado a un trabajador particular, calidad que continúa teniendo a partir del 21 de noviembre de 1996, 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 exigidas en sus Reglamentos”.

RÉPLICA

Anota que completó los requisitos exigidos por la Ley 33 de 1985 para acceder a la pensión de jubilación allí prevista; expone que la censura se abstuvo de manifestar las razones de su ataque respecto del procedimiento fijado por el Tribunal para establecer el salario base de liquidación.

SE CONSIDERA

Estimó el Tribunal que el cambio de naturaleza jurídica de la entidad, no afecta para nada el derecho de jubilación del actor, toda vez que el 21 de julio de 1992, cumplió 20 años de servicios como trabajador oficial; por su parte la censura orienta su ataque con el objeto de demostrar que dada la naturaleza jurídica de la accionada al momento de cumplir el actor los requisitos para pensionarse, el régimen aplicable es el privado y no el de los trabajadores oficiales; que no lo cobija el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que como el demandante fue afiliado al ISS y cotizó para los riesgos de IVM, dicha entidad es la llamada a pensionarlo por vejez, cuando cumpla los requisitos correspondientes.

Frente a los temas, objeto de debate, la Corte ha señalado reiteradamente que la transformación de la entidad oficial no puede afectar la situación de quienes precisamente habían prestado sus servicios a ella, independientemente de que sólo con posterioridad cumplieran la edad para pensionarse, puesto que si el actor durante más de 20 años de de servicio, ostentó la calidad de trabajador oficial, no es posible desconocerle ese carácter, así lo expresó en sentencias como la del 25 de junio de 2003, radicación 20114, del 24 de mayo de 2007, radicación 30325 y en la del 1º de septiembre de 2009, radicación 37045.

Ahora, el hecho de que las partes hubieren cotizado al ISS, para los riesgos de IVM, no significa per se que la demandada quede relevada de sus obligaciones frente al régimen pensional

consagrado en la Ley 33 de 1985, normatividad aplicable al caso que se examina; igualmente se debe precisar que no es de recibo el argumento del recurrente, atinente a que el actor no se beneficiaba de la citada ley y del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en razón a que al cumplir la edad requerida – 55 años - ya el Banco se había privatizado, por cuanto que el requisito de tiempo de servicio como servidor público, para acceder a la jubilación, ya estaba más que satisfecho, y ello le amparaba el derecho pensional de origen oficial.

De otra parte, como lo señala la réplica, la acusación no se ocupó de desarrollar el tema que propuso en el ataque subsidiario de la impugnación, esto es, el modo de liquidar el ingreso base de liquidación de la pensión, y por ello no se puede estudiar ese punto de manera oficiosa.

No prospera el cargo.

RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Pretende que se case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto revocó la de primera instancia, decretó la excepción de petición antes de tiempo y ordenó que el extremo final para la liquidación de la pensión sería la fecha del retiro del servicio y la confirmó en lo demás, y que, en sede de instancia, se disponga que el IBL se liquidará con base en el 75% de lo devengado por el trabajador entre el 1 de abril de 1994 y el 26 de diciembre de 2003, fecha en la cual cumplió 55 años de edad; además, pide que la demandada sea condenada a reconocer y pagar la pensión al actor, a partir de la fecha antes indicada, la actualización del valor de las mesadas causadas y los auxilios de la convención colectiva de trabajo; con dicho propósito formula dos cargos, replicados oportunamente.

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia impugnada por la violación directa, en el concepto de interpretación errónea del “artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y de los artículos 8° de la Ley 71 de 1988, 4 de su Decreto Reglamentario 1160 de 1989, 33 y 36 de la Ley 100 de 1993 en relación con los artículos 1537 y 1551 al 1555 del Código Civil, 5° del Régimen Político y Municipal, ley 4ª de 1913, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 de 1968, 1° y 144 del Decreto 960 de 1970; 1° y 5° del Decreto 2163 de 1970; 1° de la Ley 29 de 1973; 1°, 5° y 6° del Decreto 59 de 1957, convertido en norma permanente por la Ley 151 de 1961, 10 y 14 de la Ley 1ª de 1962; 3° de la Ley 4ª de 1966 y 251 del Código de Procedimiento Civil, “en relación con los 128 (sic) y artículo 131 de la Constitución Nacional, violación que condujo al quebranto de los artículos 4° de la Ley 171 de 1961, artículo 62, numeral 14 del literal a) del Código Sustantivo del Trabajo”

Al sustentar la acusación expresa que su discrepancia con el Tribunal se relaciona con la decisión de condicionar la pensión al momento del retiro del servicio, puesto que no existe ninguna incompatibilidad legal entre el disfrute de las mesadas pensionales y la percepción de salarios como trabajador del sector privado; luego, expresa:.

“1.- Carece de efecto jurídico la fecha de la petición oportuna hecha por el trabajador al empleador al cual le prestó sus servicios por más de veinte años en condición de trabajador oficial de que se le reconozca su jubilación cuando los 55?? La legislación nacional precisa efectos a esa petición? Creo que puedo demostrar que el efecto en el tiempo que origina la petición del trabajador que le reconoce la pensión de jubilación la que está obligado ese empleador, sí está previsto en la legislación, a partir del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, y que, por tanto, la negativa del empleador genera una mora que no lo releva del cumplimiento de las obligaciones causadas en el ínterin que se tarde en cumplir esa obligación.

2.- Otro conflicto que planteamos contra el fallo de segunda instancia y que genera esta demanda de casación surge del interrogante ¿El el (sic) MOMENTO o FECHA del reconocimiento de la pensión de jubilación causada según la legislación propia de los trabajadores del sector público, idéntico tratamiento legislativo y los mismos efectos a los efectos (sic) que se derivan para los trabajadores pensionados según las normas del sector privado?

3. Otro aspecto a dilucidar en el fallo acusado consiste en precisar si en él se yerra o no al interpretar que la pensión no ha sido causada aún, cuando por el contrario, la normativa en que se apoya el fallo sí define claramente el momento de causación y adquisición del derecho.

(...)

4. Puede el juzgador en el fallo fijar un límite temporal, diferente al que establece la Ley? Aún cuando aceptamos que el cálculo del promedio salarial del último año de servicios que regla el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, ha sido variado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, afirmamos que la fecha de causación es la que limita el término que se inicia desde la fecha de vigencia de tal ley. Y que la fecha de causación no es otra que la fecha en la cual el trabajador consolidó los requisitos de tiempo y edad establecidos en la Ley, y no una fecha cualquiera, incierta e indeterminada, como lo sería aquella en que cobre ejecutoria una sentencia”.

También afirma que existe un tratamiento legislativo propio de la petición de reconocimiento de las pensiones de los trabajadores oficiales que no están en la edad de retiro forzoso, muy diferente a la petición de la pensión de vejez de los trabajadores del sector privado; copia los artículos 1 de la Ley 33 de 1985 y 33 de la Ley 100 de 1993 e infiere de la primera de las preceptivas mencionadas, que es el trabajador quien tiene la iniciativa de escoger el momento a partir del cual desea el disfrute de su pensión a partir de los 55 años de edad.

Aduce que para el trabajador oficial su jubilación es una decisión exclusiva y excluyente en el sentido de optar libremente, esto es, “él define si se acoge a la jubilación y cuando lo hace, es un momento que él determina”, de tal forma que no puede el juzgador reemplazar ni desplazar la voluntad del trabajador; y agrega:

“4.- Pero el yerro normativo principal del fallo de segunda instancia aquí acusado, surge de la identificación errada en que incurre el Tribunal con respecto a una supuesta incompatibilidad surgida de la eventual coexistencia de salarios derivados de un empleador que ahora pertenece al sector privado de la economía y que se han causado y pagado en la relación laboral, con las mesadas pensionales causadas como fruto de la pensión que obtuvo como trabajador oficial (...)”

5.- Con la decisión condicionada del Tribunal de obligar al trabajador a renunciar al empleo para poder percibir la pensión de jubilación solo en adelante de la fecha incierta de la ejecutoria del fallo, y no desde la fecha en que consolidó su derecho cuando cumplió la edad de 55 años y petitionó su derecho,. se constituye en un fallo meramente declarativo respecto de un derecho cierto que ya tenía el trabajador en su haber jurídico desde la fecha en que cumplió la edad requerida y petitionó la prestación, fallo sin ninguna consecuencia para la demandada...”.

Alude a los artículos 8 de la Ley 71 de 1988 y 9 del Decreto 1160 de 1989 para señalar que la incompatibilidad legal de percibir doble ingreso del tesoro público, en el presente caso no tiene cabida; agrega que el empleador debió proceder a efectuar el retiro del servicio cuando el trabajador pidió la pensión, por lo que omitió su obligación.

Expresa que la sentencia impugnada impone condiciones violatorias a los derechos del trabajador y que de conformidad con el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, la facultad de fijar la oportunidad para acceder a la pensión de jubilación, recae exclusiva y excluyente en cabeza del trabajador; además, el beneficio de la jubilación que ampara al actor, el cual adquirió como trabajador oficial, “es un derecho cierto e indiscutible”, el cual se consolidó con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985; luego, anota:

“d) Una segunda interpretación del fallo recae en que, para acceder a su derecho, se requiere que voluntariamente el trabajador se retire unilateralmente de la entidad demandada. Por tanto, ante la eventualidad de que surjan otras hipótesis de terminación del contrato, el trabajador estaría en ascuas, en un estado de incertidumbre con respecto a su pensión (...).

Si la demandada hubiese cumplido oportunamente el reclamo del trabajador, por ende el contrato ya se hubiera finiquitado por este efecto. Por su parte, la sentencia yerra al interpretar la normativa, que en la interpretación literal no ordena al demandante que por su cuenta y riesgo dé por terminado el contrato para esperar a que esto traiga el electo automático el reconocimiento y pago de su pensión, cuando por el contrario es la pensión la que faculta a la terminación del contrato y no que la terminación dé lugar a la pensión

(...)

7. La interpretación normativa errada sobre la que se erige el fallo de manera alguna sirvió para resolver de fondo la controversia introducida por las partes a la consideración de la jurisdicción, puesto que al transformar en incierto el derecho a la jubilación en una fecha cierta como la reclamada por el trabajador, y que es la misma que se establece la ley, el punto quedaría en estado en que lo tenían las partes al inicio del litigio, esto es, no resolvió sobre una las posiciones en litigio como lo es el término a partir del cual nace el derecho (...).

RÉPLICA

Aduce que no se equivocó el Tribunal, puesto que la pensión que se reconoce es la prevista en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y dicha normativa se debe aplicar en su integridad, por lo que se debe pagar mensualmente desde la fecha en que se retire el trabajador del servicio oficial, según esa preceptiva, en armonía con el artículo 9 del Decreto 1160 de 1989.

SE CONSIDERA

Aduce la censura que la pensión reclamada debe ser pagada por la demandada, a partir del cumplimiento de la edad requerida, es decir, 55 años, por cuanto no existe incompatibilidad legal entre el disfrute de la jubilación oficial y la percepción de los salarios como trabajador activo.

En relación a la controversia planteada, esta Sala ha precisado que es inadmisibles disfrutar, a un mismo tiempo, de la pensión oficial de jubilación reconocida por el empleador y de los salarios percibidos hasta su exigibilidad, así quedó determinado en la sentencia del 1 de agosto de 2006, radicación 29023, en la que se expresó:

“De otro lado, de conformidad con la legislación anterior y con la vigente a partir de la Ley 100 de 1993, la obligación de pagar la pensión nace cuando el trabajador se retira del servicio activo o se desafilia de los seguros de IVM (hoy sistema de pensiones), de manera que si ha habido reconocimiento por parte del empleador (que no es lo usual) y el trabajador sigue laborando, puede generarse el reajuste de la pensión patronal a efectos de liquidarla teniendo en cuenta los

últimos ingresos percibidos, pero si no se hizo el reconocimiento y el empleado siguió trabajando, aquél se hará desde el momento del retiro (y no el de la causación del derecho), con base en los ingresos devengados hasta dicha oportunidad”.

Y en la sentencia del 17 de marzo de 2009, radicación 35018, se dijo:

“Puestas así las cosas, se impone decir que asiste toda razón a la censura en su reproche a la condición que para el reconocimiento del derecho estableció el Tribunal, dado que, de la simple lectura de las disposiciones que regulan la pensión oficial a la cual tiene derecho el actor --entre ellas el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y los artículos 68, 75 y 76 del Decreto 1848 de 1969-- emerge que la incompatibilidad del pago de la pensión con el de salarios devengados del mismo empleador responsable del reconocimiento de la prestación no es una condición de la estructuración, consolidación o reconocimiento del derecho pensional sino, cosa bien distinta, que tal condición, que es de carácter suspensivo, lo es pero de su efectividad, goce o disfrute.

En efecto, como lo tiene dicho la jurisprudencia, la obligación de pagar la pensión oficial, esto es, de hacerla efectiva y, de contera, permitir su goce o disfrute al respectivo titular surge desde la fecha en que éste se haya retirado del servicio --y hoy en día que haya dejado de cotizar--, pero no así su reconocimiento, pues para tal efecto los requisitos legales son apenas el tiempo de servicios y la edad mínima establecidas. Así lo expresa inequívocamente el artículo 76 del Decreto 1848 de 1969, aplicable a la pensión oficial prevista en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, cuando señala que 'la pensión de jubilación, una vez reconocida, se hace efectiva y debe pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio oficial, hecho que deberá demostrar el interesado

(...)'.

De suerte que, siendo requisitos de la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985 un tiempo de servicio oficial y una determinada edad, no podía el Tribunal agregar para el reconocimiento del derecho otro requisito como lo sería la separación del servicio. Al hacerlo, el ad quem confundió el reconocimiento del derecho con su efectividad y goce y con ello aplicó indebidamente las normas que gobiernan esta prestación”.

El actor completó los requisitos para disfrutar de la jubilación oficial, el 26 de diciembre de 2003, sin embargo, optó por seguir laborando en la misma entidad, por lo que no es dable, disfrutar de la pensión si se mantiene vigente el vínculo contractual, de donde se concluye que no se equivocó el sentenciador al ordenar que la pensión reconocida se haría efectiva a partir del momento del retiro del demandante del servicio.

En consecuencia, no prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO.

Acusa la sentencia impugnada por incurrir en la violación directa de la ley, por cuanto se incurrió en la falta de aplicación de “los artículos 5º, 7º y 9º de la Ley 4ª de 1976. 1º, 19, 467 y 472 del Código Sustantivo del Trabajo, 8º de la Ley 153 de 1887, 1613 a 1617, 1626, 1627. 1649, 1530, 1536, 1537, 1539, 1542, 1547, 1548, 1549 y 2224 del Código Civil, 27 del Decreto 3135 de 1968; 68 y 73 del Decreto 1848 de 1969, 1º, 2º, 9º y 13 de la Ley 33 de 1985; 1º de la Ley 71 de 1988, 14, 21, 36, 50, 142 y 143 de la Ley 100 de 1993, 145 del C. de P.L., 90 y 368 del C. de P.C., 228 de la Constitución Nacional”.

Al sustentar el cargo, copia los artículos 7 y 9 de la Ley 4 de 1976 y luego señala que los servicios médicos – asistenciales previstos por la disposición en cita, se circunscriben a todo aquello que se encuentre por fuera del Plan Obligatorio de Salud, a que se tiene derecho y acceso dada las condiciones de pensionado; luego, anota:

“Ahora bien, las anteriores disposiciones se encuentran vigentes y en consecuencia, si al trabajador se le están aplicando las normas convencionales respecto a los servicios médico asistenciales y a los auxilios educativos, por mandato legal los hijos de los pensionados de la entidad de los que estaba beneficiándose como trabajador activo debería acceder a éstos en esos mismos términos, no obstante, para la materialización de tales beneficios a pensionados y sus familiares, en los casos en que exista controversia, corresponderá plantearlos en otro juicio la demandada BANCO POPULAR o al trabajador, pues corresponde su definición a los jueces de la República. Pero lo que debió hacerse en los fallos de este juicio, tanto en el de primera instancia, como en el de segunda que confirma la absolución impartida por el ad quo sobre el punto, fue haber aplicado la normativa que se enlista que obliga a la demandada a extender los beneficios de la convención colectiva extensibles por la ley a sus pensionados (Pretensión 4ª folio 3). Igual ocurre con el siguiente derecho, anexo al reconocimiento de la pensión: Bonificación o Prima Por retiro Por pensión.

Expone que la sentencia impugnada es incongruente con sus presupuestos, “ya que si se dispone el derecho al disfrute de la pensión por el demandante, este reconocimiento acarrea el pago de esta bonificación, acreditada y referida en el fallo respecto de las convenciones colectivas de trabajo, y de las que se predica que de ellas es beneficiario el trabajador. Reconocida la pensión, la consecuencia legal será el beneficio deprecado una vez que el demandante acceda al derecho principalmente demandado”; posteriormente, reproduce la norma convencional que contiene el “auxilio de retiro por pensión”.

RÉPLICA

Anota que el actor hará efectiva su pensión de jubilación una vez se retire del servicio del Banco, situación que aún no se ha presentado, de allí que solamente se podría hablar de la violación denunciada, cuando se determine que tiene la calidad de pensionado.

SE CONSIDERA

Estimó el Tribunal que no era posible acceder al beneficio convencional reclamado, es decir, “el auxilio, bonificación o prima por <retiro por pensión>”, en tanto el actor continuaba laborando para la entidad demandada y es requisito indispensable para ser acreedor al referido auxilio que el trabajador entre a disfrutar de la pensión de jubilación, lo cual, en el caso que se estudia, no ha ocurrido; la censura por su parte, denuncia la falta de aplicación de algunos preceptos, entre los cuales se encuentran los artículos 7 y 9 de la Ley 4 de 1976.

Es evidente que el sentenciador se refirió a uno sólo de los beneficios convencionales a los que alude el recurrente, por lo que ha debido acudir al artículo 311 del C.P.C. con el fin de que se adicionara la sentencia, si consideraba que el Tribunal omitió solucionar cualquiera de los extremos de la litis, toda vez que el recurso extraordinario no es el escenario para ventilar aspectos que han debido plantearse y resolverse en las instancias.

Ahora, corresponde precisar que en la violación directa de la ley, vía seleccionada por el recurrente, se deben aceptar los presupuestos fácticos del fallo recurrido, en tanto el error del sentenciador no está en la falta de apreciación o apreciación errónea de los medios de pruebas

obrantes en el proceso, sino en la norma que utiliza para resolver el caso; de allí que para establecer la procedencia de unos beneficios convencionales, es necesario examinar el respectivo convenio colectivo que los regula, lo cual, en el presente caso, resulta impertinente, dada la vía de ataque escogida.

Además, no se encuentra en la acusación ningún planteamiento que cuestione la consideración esencial del fallo consistente en que para que el actor sea acreedor al “auxilio de retiro por pensión”, es requisito indispensable que entre a disfrutar de la pensión de jubilación y que como tal evento no se ha dado, la petición resulta “antes de tiempo”.

En esas condiciones se desestima el cargo.

Sin costas en los recursos extraordinarios, toda vez que ninguno prosperó.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 29 de agosto de 2008, en el proceso ordinario laboral de GONZALO ARROYO JOVEN contra el BANCO POPULAR S.A.

Sin costas en casación.

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

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ
GÓMEZ

FRANCISCO JAVIER RICAURTE

CAMILO TARQUINO GALLEGO

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

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

