

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

Rad. No.53037

Acta No. 12

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil doce (2012).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado del BANCO POPULAR S.A., contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de junio de 2011, en el proceso ordinario laboral promovido por JAIRO JOAQUÍN BUELVAS PERNETT contra la entidad recurrente.

ANTECEDENTES

JAIRO JOAQUÍN BUELVAS PERNETT demandó a la entidad bancaria para que fuera condenado a pagar la pensión mensual vitalicia de jubilación, en cuantía del 75% del promedio salarial devengado durante el último año de servicio “sin perjuicio de, que si eventualmente ocurriera que la prestación sea asumida por el SEGURO SOCIAL (ISS) y el monto reconocido por éste instituto fuere menor a aquél que el demandante deba percibir del Banco Popular, esta demandada pague la diferencia o mayor valor que exceda aquel que le sea reconocido por el ISS –o por la entidad que llegare a sustituir a este instituto”, debidamente indexada, a partir del 25 de febrero de 2009, junto con los aumentos legales, las mesadas adicionales, los intereses de mora, los auxilios de la convención colectiva de trabajo vigente “extensibles por ley a los pensionados” y las costas.

En lo que interesa al recurso extraordinario, expuso que prestó servicios al BANCO POPULAR del 14 de julio de 1975 al 22 de junio de 2004, mediante contrato de trabajo a término indefinido; su último cargo fue de cajero principal, con salario promedio mensual de \$1.571.450.05; cumplió 55 años de edad el 25 de febrero de 2009; laboró 28 años, 11 meses y 8 días como trabajador oficial; que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo que la Unión Nacional de Empleados Bancario UNEB suscribió con la entidad demandada; por estar amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 reclamó la pensión de jubilación pero la entidad Bancaria no dio respuesta (folios 4 a 12).

Al contestar, el Banco se opuso a las pretensiones; aceptó los extremos del contrato, con una suspensión de 59 días, el cargo y el salario del que aclaró que corresponde al promedio para liquidar cesantías; la naturaleza jurídica de la demandada, el vínculo como trabajador oficial del demandante, el cumplimiento del requisito de la edad; la reclamación administrativa y la falta de respuesta por parte del Banco, la afiliación del actor a la organización sindical y la calidad de beneficiario de la convención colectiva; precisó que la Ley 33 de 1985 no le es aplicable, negó los demás; adujo que no estaba obligado al pago de la pensión reclamada, y la de vejez debía ser

asumida por el ISS; propuso las excepciones de “inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción” (folios 59 a 70).

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 26 de noviembre de 2010, condenó a la parte demandada al pago de la pensión de jubilación a partir del 25 de febrero de 2009, en cuantía de \$1.550.161,15, liquidada con el 75% de lo percibido en el último año de servicios, previa indexación de la primera mesada, con sus incrementos anuales y mesadas adicionales, hasta la fecha en que el I.S.S. reconozca la de vejez, con la obligación de continuar cancelando el mayor valor si lo hubiere; absolvió de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones propuestas y dejó las costas a cargo del Banco (folios 170 a 184).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al resolver el recurso de apelación de la parte demandada, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 30 de junio de 2011, confirmó la del a quo y condenó en costas a cargo del recurrente.

Estimó que no fue objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo, los extremos laborales, el cargo y que devengó como último salario promedio mensual \$1.571.450,05; expuso que el actor estaba cobijado por el régimen de transición al tener mas de 40 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que por ello le era aplicable la Ley 33 de 1985, al haberse desempeñado como trabajador oficial; en cuanto a la obligatoriedad de la demandada al reconocimiento de la pensión, señaló que son reiterados pronunciamientos de esta Sala al respecto, en donde se ha definido que el régimen aplicable es el de los trabajadores oficiales, calidad que ostentaba el demandante al momento del retiro; copió apartes de la sentencia de esta Sala, Radicado 28548 de 1º de agosto de 2006 y luego expresó:

“...si el actor se retira siendo trabajador oficial, solo pueden aplicársele, las leyes que regulan las relaciones de trabajo de los mismos, en particular la ley 33 de 1985, en la cual se señalan los requisitos para acceder a la pensión, siendo ellos, veinte años de servicio y 55 años de edad (sic)”.

Sobre la indexación de la primera mesada concluyó que su aplicación procede para pensiones causadas con posterioridad a la entrada en vigencia la Carta Política de 1991, mencionó la sentencia de esta Sala con Radicado 29022 de 31 de julio de 2007, que le sirvió de soporte para confirmar la sentencia de primera instancia.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, pretende se case la sentencia impugnada, para que en sede de instancia, “revoque fallo del a quo y, en su lugar, absuelva al Banco Popular S.A. de todas las pretensiones de la demanda”; en subsidio pide que se “case el numeral primero y segundo de la sentencia impugnada, con el fin de que, una vez constituida en sede de instancia, modifique los numerales primero y segundo del fallo del a quo y, en su lugar, disponga que la pensión de jubilación deberá ser liquidada de conformidad con lo previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, es decir con los salarios que figuran en la historia laboral del demandante y faculte a la enjuiciada para descontar, del retroactivo pensional que ordene cancelar, las sumas que correspondan a los aportes obligatorios por salud a cargo del pensionado para proceder con su pago a la entidad respectiva; con dicho propósito formula 3 cargos, replicados oportunamente, los cuales se estudiarán en el siguiente orden: segundo, tercero y primero por razones de método.

SEGUNDO CARGO

Denuncia la interpretación errónea de “los artículos 3º y 76 de la Ley 90 de 1946, artículos 1º literal c), 11 y 12 del Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1º del Decreto 3041 de 1966; los artículos 5º y 27 del Decreto Ley 3135 de 1.968; 68, 73 y 75 del Decreto Reglamentario 1848 de 1.969; 2º del Decreto Ley 433 de 1971, 6º, 7º y 134 del Decreto 1650 de 1977, 1º y 13 de la Ley 33 de 1.985; 28 y 57 del Acuerdo 044 de 1989 expedido por Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1º del Decreto 3063 de 1989; 11, 36, 133, 151 y 289 de la Ley 100 de 1993, 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 1º del Acuerdo 049 de 1990 expedido por el Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1º del Decreto 758 de 1990”.

Aduce que el Tribunal fundamenta su decisión en la sentencia de 1º de agosto de 2006, radicación 28548; que ha debido considerar que el cambio de composición de acciones de la sociedad, estando el trabajador a su servicio, y el hecho de la afiliación al ISS, afecta la naturaleza de su vinculación y por tanto son inaplicables la Ley 33 de 1985 y el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposiciones legales fundamento de la controversia; cita y transcribe apartes de la sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 2001, radicado 15100, en la que se explicó que “en el evento de la privatización de una entidad de naturaleza pública (como sería el caso del Banco Popular), en aquellos casos en los que el funcionario hubiese finalizado sus servicios en la condición de trabajador oficial (que no es el caso del señor Jairo Joaquín Buelvas Pernett, demandante en este proceso, quien se desvinculó del Banco Popular el 22 de junio de 2004, es decir cuando esta entidad ya se encuentra privatizada)”; que la naturaleza jurídica que ostenta el empleador determina el régimen legal aplicable a sus servidores, en consecuencia, “al ser el Banco una entidad privada al momento de cumplir los requisitos de pensión el demandante, (cumplió la edad de 55 años el 25 de febrero de 2009), el régimen legal aplicable es el privado y no el correspondiente a los empleados oficiales...”; que la entidad se privatizó el 21 de noviembre de 1996, es decir, antes de reunir el extrabajador la totalidad de los requisitos para el reconocimiento de la pensión, y “si su derecho a la pensión no se consolidó mientras el BANCO POPULAR era de naturaleza pública, apenas gozaba de un “mera expectativa” de jubilarse en las condiciones preferenciales de los empleados públicos”.

Copia en parte los artículos 3º y 76 de la Ley 90 de 1946, así como el 2º 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 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 Carlos Julio Mahecha Ávila, 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”.

Explica que como el actor fue afiliado al Instituto de Seguros Sociales y además, pagadas las

cotizaciones correspondientes a los riesgos de IVM para los efectos del seguro social obligatorio, “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 continuó teniendo desde el 21 de noviembre de 1996 y hasta el 22 de junio de 2004, 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”; reitera que la pensión está a cargo del ISS, que tiene naturaleza de caja de previsión social, según sentencia de la Corte Constitucional de 25 de junio de 2009, sin radicado, que transcribe parcialmente.

LA RÉPLICA

Afirma que esta Sala de Casación ha condenado permanentemente a la misma demandada por iguales asuntos; el recurrente ha perseguido infructuosamente se adopte otra interpretación según la cual a partir de la privatización del Banco la relación contractual con sus trabajadores se mutó o transformó retroactivamente al régimen de del sector privado y quedan excluidos de la aplicación de las normas de jubilación como la Ley 33 de 1985.

SE CONSIDERA

Estimó el Tribunal que el actor demostró 20 años de servicios cuando el Banco Popular S.A. era oficial, lo que le permitía acceder a la pensión prevista en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, una vez cumpliera los 55 años de edad, en tanto el cambio de naturaleza jurídica de la entidad no afectaba el derecho de jubilación del actor; además, adujo que la prestación debía ser pagada por el demandado, hasta cuando el trabajador reuniera los requisitos para acceder a la pensión del ISS, momento en el cual la pensión será de cargo de dicha entidad de seguridad social y compartida con el Banco si existiere un mayor valor a su cargo.

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 que la transformación de la entidad oficial no puede afectar la situación de quienes precisamente habían prestado sus servicios a ella, independientemente de que 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 la sentencia del 25 de junio de 2003, radicación 20114, reiterada entre otras, en las del 24 de mayo de 2007, 1º de septiembre de 2009 y 19 de julio de 2011, con Radicados 37045, 30325, y 39429 respectivamente:

“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 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 (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 al 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 (...)"

Ahora, el hecho de que las partes hubieren cotizado al ISS, para los riesgos de IVM, no significa

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 de que el actor no se beneficiaba de la citada ley y del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por cuanto cumplió con el requisito de tiempo de servicio como trabajador oficial, para acceder a la jubilación.

No prospera el cargo.

TERCER CARGO

Acusa la sentencia impugnada 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”.

En la demostración expone 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 Jairo Buelvas Pernet, encontrará, en todo caso, que no es procedente la indexación de la primera mesada pensional, como lo dispuso el Tribunal, siguiendo las orientaciones contenidas en la sentencia proferida por esa H. Corporación el día 31 de julio de 2007 (Radicación 29.022)”.

Agrega que la Ley 33 de 1985 no se consagra la indexación o actualización de la pensión, por lo tanto resultan interpretadas erróneamente las disposiciones legales acusadas y solicita que al constituirse en sede de instancia esta Corporación debe revocar la decisión del a quo y disponer que la pensión se liquide con los factores de salario previstos en el artículo 3º de la ley 33 de 1985 modificada por el 1º de la Ley 62 del mismo año, los cuales enumera: “asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”; promedio que no debe ser actualizado por no preverlo las mencionadas normas.

LA RÉPLICA

Afirma que el cargo no debe prosperar porque la pensión fue reconocida con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 el cual dispone en el artículo 36 que las condiciones diferentes a la edad, el tiempo de servicio y el monto, se regirán en su integridad por lo allí consagrado y en ella sí se estableció la actualización pensional.

SE CONSIDERA

Se discute la forma como en la sentencia acusada se ordenó liquidar la pensión, al respecto cabe indicar que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala en sostener que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conservó, para sus beneficiarios, la aplicación de la normatividad anterior, en lo relativo a edad, tiempo de servicios y monto de la prestación, pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación, el cual está sometido inicialmente a lo dispuesto en el inciso 3 ibídem, pero como al actor le faltaban más de 10 años contados desde la entrada en vigencia de la citada ley (1º de abril de 1994) hasta el momento de cumplir la edad requerida para causar el derecho pensional, esto es, el 25 de febrero de 2009, para obtener el IBL debió haber aplicado el artículo 21 ibidem, y no como lo hizo al tomar el promedio de lo devengado por el actor en el último año de servicio.

Esta Corporación ya fijó su posición, en un caso similar al del sub lite en sentencia con Radicado 44238 proferida el 15 de febrero de 2011, así:

“En efecto, en la sentencia de 16 de diciembre de 2009 (Rad. 34863), que reiteró la de 17 de octubre de 2008 (Rad. 33343), esta Corporación dijo:

“En lo referente al primer tema, esto es si procede liquidar la pensión de jubilación del actor, en su condición de servidor del sector público, beneficiario del régimen de transición, con base en el salario del último año de servicio, la Sala tiene definido que la finalidad de los regímenes de transición previstos por el legislador, con ocasión de los cambios normativos que han regulado el sistema pensional en el país, han tenido el propósito de beneficiar a quienes tenían la expectativa cercana de consolidar el derecho, propósito que se reflejó en el régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que no conservó en su integridad las normas que regulaban la causación del derecho pensional en los diferentes regímenes existentes, que asumió, a su entrada en vigencia, para quienes tenían una expectativa relativamente cercana de adquirir la pensión.

“Este régimen solamente mantuvo, de las normas anteriores al Sistema General de Pensiones, tres aspectos concretos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión; de tal modo que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por las disposiciones legales precedentes, sino que pasó a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho, por el inciso 3 del artículo 36 citado.

En relación con este tema, la Sala tuvo oportunidad de reiterar el criterio jurisprudencial referido en la sentencia proferida el 17 de octubre de 2008, radicada con el número 33343, en la que se anotó lo siguiente:

“Es sabido que con los regímenes de transición especialmente creados para cuando se modifiquen los requisitos para acceder a los derechos pensionales, se ha buscado por el legislador no afectar de manera grave las expectativas legítimas de quienes, al momento de producirse el cambio normativo, se hallaban más o menos próximos a consolidar el derecho.

“Desde luego, esos regímenes pueden tener diferentes modalidades respecto de la utilización de la nueva preceptiva y la vigencia de las normas derogadas o modificadas, de ahí que no impliquen necesariamente la aplicación, en su integridad, de estas normas, que, por lo general, consagran beneficios más favorables al trabajador o al afiliado a la seguridad social. Ya la Corte Constitucional ha explicado, al referirse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que goza el legislador de un amplio poder de configuración al momento de definir la protección que le otorgue a las expectativas de los ciudadanos, como las referidas a los derechos prestacionales.

“Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3º del artículo 36 citado.

“(…)”..

“De tal suerte que esa mixtura normativa, que no constituye un exabrupto jurídico, pues es característica de los regímenes expedidos para regular transiciones normativas, surge del propio texto de la ley y no es resultado de una caprichosa interpretación de las normas que instituyeron el sistema de seguridad social integral en pensiones.

“Y es claro, además, que al ingreso base de liquidación de la pensión se le quiso continuar otorgando una naturaleza jurídica propia, no vinculada al monto, porcentaje o tasa de reemplazo de la prestación, que es otro elemento de ésta, pero diferente e independiente; pues al paso que el ingreso base corresponde a los salarios devengados por el trabajador o a la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso y el régimen aplicable, el monto de la pensión debe entenderse como el porcentaje que se aplica a ese ingreso, para obtener la cuantía de la mesada”.

“Lo dicho en la jurisprudencia transcrita, en cuanto a que el régimen de transición respetó para sus beneficiarios la edad, el tiempo de servicios y el monto de la prestación establecidos en la normatividad anterior aplicable a aquéllos, se desprende del contenido literal de los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de los cuales también se entiende claramente que las demás condiciones y requisitos se encuentran regulados en la propia Ley 100, dentro de los cuales está el ingreso base de liquidación, gobernado por el artículo 21, para quienes les faltara más de 10 años para adquirir el derecho al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social, que es la disposición específica que regula el IBL de las pensiones previstas en dicha ley, en los siguientes términos:

“Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

“Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

“Como se dijo en líneas anteriores, la anterior regla de liquidación no se aplica para quienes al 1º de abril de 1994 les faltara menos de 10 años para adquirir el derecho, pues, según el inciso 3º de la Ley 100 de 1993, que establece la excepción a dicha regla, el IBL de estas personas será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuere superior, actualizado con la variación del índice de precios al consumidor.

“De suerte que, en materia de ingreso base de liquidación para personas beneficiadas con el régimen de transición, hay que distinguir entre quienes al 1º de abril de 1994, les faltaba menos de diez años para adquirir el derecho, caso en el cual se les aplicara el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y quienes, para la misma fecha, les faltaba 10 años o más, evento en el que el IBL se liquidará de conformidad con el artículo 21 de la citada ley, es decir, con base en el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años al reconocimiento de la prestación o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado

1250 semanas como mínimo.

“Ya en el caso del demandante, debe decirse que, así como lo estableció el Tribunal, es la regla contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, la aplicable, toda vez que, para el 1º de abril de 1994, a aquél le faltaban más de 10 años para adquirir la pensión de jubilación, presupuesto fáctico que no discute la censura, por lo que no pudo incurrir aquél en el error jurídico que le atribuye la censura, al aplicar al caso el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, para efectos de liquidar el ingreso base de liquidación de la pensión y no el artículo 1º de la Ley 33 de 1985”.

En ese orden, es claro que el ad quem se equivocó al estimar que el I.B.L. correspondía al promedio del último año de servicios, de forma que, en este específico aspecto se casara la sentencia.

En sede de instancia, son suficientes las anteriores consideraciones para señalar que la liquidación de la pensión del actor se regula por lo dispuesto en el artículo 21 de Ley 100 de 1993 y por tanto así se dispondrá, teniendo en cuenta que allí se establece la actualización pensional.

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía directa “en el concepto de infracción directa los artículos 143 y 178 de la Ley 100 de 1993, 42 del Decreto 692 de 1994, 3º del Decreto 510 de 2003 y 2º, 4º, 5º, 7º y 8º de la Ley 797 de 2003”.

Afirma que “en el supuesto puramente teórico de considerar esa H. Corporación que el demandante tuviera derecho al reconocimiento de la pensión reclamada, observará que en la sentencia impugnada el Tribunal ignoró la obligación legal de ordenar que del retroactivo pensional que dispuso cancelar, se deduzcan las sumas que correspondan a tales aportes para proceder con su pago a la entidad respectiva, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y el Decreto 510 de 2003”.

Aduce que el sentenciador de segunda instancia debió tener en cuenta que en el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, se estipuló que las cotizaciones por salud para los pensionados, estarán a su cargo; que al ordenarse el reconocimiento de la pensión retroactiva, también debió disponerse el pago de las cotizaciones por salud (EGM) por el pensionado, facultando al Banco a deducir lo correspondiente. Que sobre este punto esta Sala se pronunció en sentencia del 6 de mayo de 2009, Radicación 34601 de la cual transcribe lo pertinente.

Asevera que los aportes por concepto de salud, son administrados por las EPS, como lo estipuló el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 quienes con los empleadores y fondos no pueden disponer de ellos arbitrariamente, porque una vez causados adquieren la calidad de parafiscales (sentencia SU 480 de 1997 Corte Constitucional); que el descuento por salud a cargo del pensionado está estrechamente ligado al reconocimiento de la pensión, por lo que al ordenarse judicialmente la misma, el sentenciador debe disponer la deducción y trasladarla a la respectiva E.P.S.

RÉPLICA

El opositor adujo que el Banco no presentó ninguna petición ni alegó su inconformidad respecto al descuento con destino al pago de cotizaciones al sistema de salud a cargo del demandante, por tanto, no podía el Tribunal pronunciarse oficiosamente en el estudio de este tema; que como se trata de un hecho no debatido en el proceso, no cabe sino la responsabilidad del empleador

demandado.

SE CONSIDERA

A juicio de la censura el Tribunal cometió un yerro, al ignorar la obligación legal de ordenar que del retroactivo pensional se dedujeran los aportes a salud toda vez que, en su criterio, así lo disponen los incisos 2º del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, así como los artículos 3º del Decreto 510 de 2003 y 2º, 4º, 5º, 7º y 8º de la Ley 797 de 2003.

Respecto de ese reproche advierte la Sala que, en efecto, el inciso 2º del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 dispone que la cotización en salud de los pensionados, quienes son afiliados obligatorios a este sistema en el régimen contributivo, tal como lo determina la misma ley en el artículo 157 y 203, se encuentra en su totalidad a cargo de aquellos. En consonancia, se encuentra el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley en mención, que establece que las entidades pagadoras de las pensiones deben descontar las cotizaciones y transferirlas a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el pensionado y girar un punto porcentual de aquéllas al Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud FOSYGA; también los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998, señalan que los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos deberán ser afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizantes y que los aportes de éstos se calcularán con base en su mesada pensional.

Del conjunto de estas disposiciones se entiende que todos los pensionados, con capacidad de pago, están llamados a cotizar y, por ende, financiar el régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, siendo de cargo de los mismos la totalidad de la cotización, pues no de otra manera podría sostenerse económicamente el mismo ni, menos, otorgar las diferentes prestaciones asistenciales y económicas, tales como las indicadas en los artículos 206 y 207 de la mencionada Ley 100, además que, bien es sabido, de los aportes de los cotizantes del régimen contributivo, como es el caso de los pensionados, se descuenta un punto porcentual para la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, encargada de cofinanciar, junto con los entes territoriales, el régimen subsidiado, cuya destinación es la prestación del servicio de salud de la población colombiana sin capacidad de pago, por lo que, las cotizaciones de los pensionados resultan vitales para el financiamiento del sistema de salud.

En virtud de esta finalidad y para proteger los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados obligatorios al sistema en mención, el artículo 161 de la Ley 100 de 1993 consagró dentro de las obligaciones de los empleadores la de girar oportunamente los aportes y cotizaciones a la entidad promotora de salud, de acuerdo con la reglamentación vigente, pues de lo contrario, aquellos tendrían las sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del Libro Primero de la citada ley, es decir, los intereses moratorios por no pagar las cotizaciones, dentro de las fechas establecidas para el efecto.

De lo dicho hasta el momento se entiende no solo que todos los pensionados del país están llamados a cotizar al Sistema General de Seguridad en Salud, por lo que deben asumir en su totalidad el valor de la cotización, desde la fecha en que se causa en derecho pensional, no otra puede ser la interpretación que se deriva sistemáticamente de las disposiciones citadas de la Ley 100 de 1993, al haber establecido las cotizaciones de los afiliados obligatorios, como los pensionados, para el financiamiento del sistema, asimismo encuentra la Sala que ellas constituyen un requisito de los afiliados a la hora de acceder a las diferentes prestaciones

económicas, como las contempladas en los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993, reglamentados en varias oportunidades posteriores, por lo que el hecho de no descontarse las mismas desde la causación de la pensión devendría en detrimento de los posibles derechos derivados de este sistema a favor de los pensionados cotizantes.

En ese orden no hay duda de que el Tribunal incurrió en error al ordenar el pago de la pensión de jubilación a cargo del actor sin autorizar a la entidad pagadora a descontar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, desde la fecha de causación de aquella. En ese sentido, corresponde señalar que no le asiste razón al opositor respecto de la objeción que hace al cargo, pues la imposición del derecho pensional conllevaba a aludida deducción o descuento.

En consecuencia el cargo prospera.

Sin costas en el recurso extraordinario dada la prosperidad parcial del mismo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de junio de 2011, en el proceso ordinario laboral promovido por JAIRO JOAQUÍN BUELVAS PERNETT contra el BANCO POPULAR S.A., en cuanto determinó que el monto de la pensión sería el 75% de salario promedio percibido durante el último año de servicios, y con respecto a no autorizar el descuento del retroactivo pensional de las sumas que correspondan a los aportes obligatorios por salud a cargo del pensionado. NO LA CASA en lo demás. En sede de instancia, modifica la sentencia del 26 de noviembre de 2010, del Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la parte demandada al pago de la pensión de jubilación con el 75% del promedio salarial percibido en el último año de servicios, para disponer que la misma se liquide conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, e igualmente faculta al Banco Popular S.A. para descontar, del retroactivo que se ordenó cancelar, las sumas que corresponden a los aportes obligatorios por salud a cargo del pensionado.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

JORGE MAURICIO BURGOS RUÍZ
BUENO

RIGOBERTO ECHEVERRI

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
MONSALVE

CARLOS ERNESTO MOLINA

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGÓ

2



ISSN 2256-1633

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

