

Radicación n.º 67976

JORGE PRADA SÁNCHEZ

Magistrado ponente

SL2209-2019

Radicación n.º 67976

Acta 19

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de junio de dos mil diecinueve (2019).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por MARCO TULIO AYA LEÓN, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., el 12 de febrero de 2014, en el proceso que instauró contra el BANCO POPULAR y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES

Marco Tulio Aya León llamó a juicio al Banco Popular y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se condenara a la entidad bancaria a emitir, liquidar y pagar el bono pensional por el tiempo de servicio en el municipio de Cáqueza, del 2 de junio de 1972 al 17 de marzo de 1988, durante el cual no existió cobertura territorial del ISS en pensiones; en consecuencia, pidió se condenara a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez, con una tasa de remplazo del 90% y a las demandadas a las costas del proceso.

Relató que durante el lapso en que prestó servicios al Banco, 2 de junio de 1972 al 17 de marzo de 1988, en el municipio de Cáqueza, no fue afiliado al ISS por falta de cobertura; que posteriormente laboró en Bogotá D.C., desde el 19 de marzo de 1988 hasta el 1 de julio de 2002, tiempo durante el cual fue afiliado a la referida entidad administradora. Afirmó que por sentencia judicial, el Banco fue condenado al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a partir del momento en que cumpliera 55 años de edad, por haber laborado 20 años como trabajador oficial, la cual fue cumplida.

Señaló que el Instituto de Seguros Sociales le reconoció pensión de vejez mediante Resolución 114268 de 15 de julio de 2010, en cuantía inicial de \$1.008.695, con base en 726 semanas cotizadas y una tasa de remplazo del 57%; que el 30 de agosto de 2011, solicitó al ISS la reliquidación de su pensión de vejez con una tasa de remplazo del 90%, teniendo en cuenta el tiempo de servicio en el municipio de Cáqueza, en aplicación del régimen de transición.

El Banco Popular S.A. (fls. 91 a 97) se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación de cancelación del bono pensional, al

haberse ordenado el reconocimiento de la pensión; carencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido. Aceptó la vinculación laboral con el demandante, sus extremos, el reconocimiento de la prestación jubilatoria y la de vejez.

Colpensiones (fls. 101 a 104), se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones las de prescripción, y las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante fallo de 8 de noviembre de 2013 (fls. 142–143), absolvió a las demandadas e impuso costas al demandante.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

De cara al recurso de apelación interpuesto por el promotor del juicio, el Tribunal confirmó la decisión impugnada, sin costas en la instancia (fl. 152).

En lo que interesa al recurso extraordinario, el ad quem tuvo por acreditado que el banco accionado fue condenado a reconocer y pagar la pensión de jubilación al demandante, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, así como que entre junio de 1972 y marzo de 1988, no hubo cobertura del ISS en Cáqueza.

Aludió a que el actor tenía derecho a la pensión de jubilación del artículo 1 del precepto legal mencionado, desde cuando cumplió 55 años de edad y 20 de servicio al Banco, entidad llamada a cubrir la prestación, como en efecto lo hizo, pues la afiliación al seguro social, en relación con los trabajadores oficiales, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, no tenía la virtualidad de subrogar en forma total al empleador oficial en el riesgo de vejez.

Se refirió a la sentencia CSJ SL, 10 ago. 2000, rad. 14163, en la cual esta Corporación asentó que si bien, se autorizó la afiliación voluntaria al Instituto de Seguros Sociales de los trabajadores oficiales, no se previó que el sistema de seguros reemplazara el régimen jubilatorio como sí sucedió con los trabajadores particulares; que lo «que sí resultó válido», fue la posibilidad de que la entidad obligada pudiera ser relevada en todo o en parte del pago de la pensión de jubilación, una vez el ISS reconociera la de vejez, en razón al cumplimiento de la edad y con base en los aportes pagados.

De la anterior suerte, el colegiado concluyó que no podía imponerse al demandado la obligación de reconocer y pagar el bono pensional solicitado, en tanto le canceló al actor la pensión que consagra la Ley 33 de 1985, lo cual imposibilitaba la aplicación de los literales a) y c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte case totalmente la sentencia impugnada y, en sede de instancia, revoque la de primer grado y «condene a la demandada al reconocimiento de los derechos

que sustentan las pretensiones de la demanda».

Con tal propósito, formula un cargo por las causales «primera y segunda» de casación oportunamente replicado.

VI.

CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia impugnada así:

La sentencia objeto del recurso de casación infringe de manera directa por interpretación errónea los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 del año 1993, en relación con el artículo 289 de la misma Ley 100; Artículo 9° de la Ley 90 de 1946; artículo 260 del C.S.C del T.; artículo 1° y 3° del Decreto 3041 de 1966; artículos 1°, 2° literal a), 5°, 33 y 35 del Decreto Ley 433 de 1971 (ley 20 de 1970); D.R. 770 de 1975; artículo 6° del D.R. 1572 de 1973; artículos 6°, 26 y 136 del Decreto Ley 1650 de 1977 (Ley 12 de 1977) "por el cual se determina el régimen de administración de los Seguros Sociales Obligatorios", en concordancia con los artículos 1°, 3°, 4° de la misma normatividad; 1746 del Código Civil, los artículos 12, 13, 60, 65 de la Ley 100 de 1993, artículo 5° del Decreto 813 de 1994 y Decreto 1887 de 1994, reglamentario de (sic) inciso 2° del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en relación con el artículo 115 de la misma Ley.

La censura sostiene que el Tribunal no tuvo en cuenta que la Ley 100 de 1993, estableció la retrospectividad en relación con el tiempo servido por trabajadores asalariados, con anterioridad a su entrada en vigencia, como se desprende, por ejemplo, del literal b) del párrafo 1 del artículo 33 de dicho precepto, que dispone que para el cómputo de semanas se debe tener en cuenta el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, «lo cual es equivalente» al tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieran afiliado al trabajador.

Expone que:

(...) para estos empleadores, si bien es cierto podían optar por asumir directamente los riesgos pertinentes a tales prestaciones (invalidéz, vejez y muerte) y, en tal evento, omitir la afiliación de sus trabajadores, ello jamás podría entenderse como una excusa para desconocer el derecho del asalariado, a que el tiempo laborado con ese patrono deba ser compensado en cuanto a las pertinentes cotizaciones, a efecto de que la institución de seguridad social escogida se las tenga en cuenta.

Asevera que se encuentra acreditado en el expediente que para las fechas en que el demandante prestó sus servicios en Cáqueza, no había cobertura para los riesgos de IVM por parte del ISS, de suerte que no existía obligación de afiliarlo, por lo que la pensión estaba a cargo del empleador y, como el trabajador se había vinculado a su servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le correspondía incluirlo en el cálculo actuarial.

Manifiesta que la omisión del empleador al no haber

enviado el bono pensional del demandante al Instituto de Seguros Sociales por los 15 años de servicios en el municipio de Cáqueza, genera que la enjuiciada deba asumir el valor del cálculo actuarial que demanda.

Hace referencia a la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 32922 y señala que los

falladores de instancia, debieron ordenar la constitución del bono pensional previo el cálculo actuarial, para efectos de que la entidad demandada cubra los aportes que no se hicieron por falta de cobertura.

Manifiesta que si el banco se excusa, para no constituir el bono pensional, «o de hacer cálculo actuarial para el pago completo de la pensión al demandante, por la situación sui generis que se presenta, esto es, que estaba obligado a pagar la pensión correspondiente al tiempo laborado en Cáqueza», ha debido pagar la pensión de jubilación completa, «como lo ordena la sentencia», aún después de que el ISS reconociera la de vejez, o por lo menos el 50%, en tanto este último cumplió lo que era de su cargo, es decir, le está pagando la pensión con 726 semanas cotizadas, con una tasa de remplazo del 57%, cuando en otra situación y con el tiempo de servicios laborados, más de 30 años, le hubiera alcanzado para cotizar más de 1250 semanas y tendría derecho a una tasa de remplazo del 90%.

VII.

RÉPLICA

El Banco Popular le hace reproches de orden técnico a la demanda de casación, tales como: i) indebida identificación de la causal o motivo de casación, al acusar la sentencia por las causales primera y segunda y para el efecto presentar un solo cargo; ii) falta de claridad de la sentencia objeto de la impugnación, pues menciona la proferida el 12 de febrero de 2014, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D.C., y al finalizar el cargo, se refiere a la dictada por la Sala de Descongestión Laboral del mismo Tribunal el 16 de agosto de 2013; iii) error en la proposición jurídica pues utiliza normas que no resultan aplicables y que no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal; iv) análisis de cuestiones fácticas en un cargo dirigido por la vía directa y, v) proposición jurídica incompleta al no incluir los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En cuanto al fondo del ataque, asevera que el cargo persigue que se condene al Banco Popular S.A., al pago del bono pensional, para lo cual reitera lo afirmado en la contestación de la demanda, en el sentido de que aquel siempre cumplió con sus obligaciones laborales y prestacionales, por lo que no es jurídicamente posible condenarlo al pago de la pensión de jubilación y al mismo tiempo, a asumir el bono pensional por un mismo tiempo de servicios.

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, afirma que la exégesis que realizó el juez de apelaciones coincide plenamente con lo que la Sala de Casación Laboral ha adoctrinado, por manera que se trata de una reiteración de jurisprudencia; se refiere a la sentencia CSJ SL 21 feb. 2012, rad. 38327 y señala que el ataque formulado no tiene vocación de prosperidad.

VIII.

CONSIDERACIONES

Las glosas que sobre la técnica de la demanda de casación hace el Banco Popular, no impiden estudiar de fondo la acusación, pues la invocación de la causal segunda de casación, sin presentar cargo en desarrollo de la misma, o que en la parte final del ataque, el recurrente hubiera expresado haber sustentado el recurso interpuesto contra la sentencia del «Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala de Descongestión, del 16 de agosto de 2013», configuran errores de digitación que en modo alguno, comprometen la identificación del proveído recurrido y la claridad de la disconformidad con el fallo del Tribunal, misma que tampoco se afecta con la alusión que la censura hubiera hecho a

ciertos elementos fácticos, los cuales la Corte puede desechar, en tratándose de un cargo por vía directa, pero no inhibirse del estudio que propone el recurrente, en aras de priorizar la definición del derecho sustancial.

Se denuncia la infracción de los artículos 33 y 289 de la Ley 100 de 1993, por manera que se cumple con el presupuesto de señalar la violación de alguna norma legal sustancial de alcance nacional «(...) que constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada»; por tanto, no le asiste razón a la réplica en sus objeciones, pues no es necesaria la formulación de una proposición jurídica completa.

Realizada la previa y necesaria aclaración, se observa que el Tribunal patrocinó la decisión singular, tras considerar improcedente condenar al Banco Popular a emitir un bono pensional a favor del demandante, por el periodo comprendido entre el 2 de junio de 1972 y el 17 de marzo de 1988, en el cual no hubo cobertura del ISS en Cáqueza, a objeto de reliquidar la pensión de vejez que recibe de Colpensiones, por cuanto la entidad le concedió la pensión de jubilación, lo cual imposibilita la aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Para la censura, el ad quem distorsionó el sentido de las normas denunciadas, pues inadvirtió que el estatuto pensional consagró que para la contabilización de semanas, debe tenerse en cuenta el tiempo laborado como servidores públicos remunerados y el servido a empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador, conforme a los literales b) y d) de tal precepto, cómputo que solo es posible, en los términos de la misma norma, con el pago del cálculo actuarial correspondiente, representado en un bono o título pensional.

Le asiste razón al impugnante al sostener, que de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, para el reconocimiento de la pensión de vejez, hay lugar a sumar el tiempo laborado como servidores públicos o el servido sin cotizaciones por omisión de los empleadores en la afiliación. La norma en comento contempla que, para añadir dicho lapso, se requiere que el trabajador o la caja, según el caso, trasladen con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, representado en un bono o título pensional.

En los términos de la actual jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, en los eventos en que un trabajador no hubiere estado afiliado al sistema de pensiones, cualquiera que fuere la razón, como por ejemplo por falta de cobertura o llamado de inscripción del ISS, el empleador, dada la imposibilidad de desligarse de sus compromisos frente al sistema pensional por ese tiempo efectivamente servido, está en el deber y la obligación de soportar ese gravamen, mediante el traslado de un cálculo actuarial a la entidad de seguridad social, con el fin de que el trabajador afectado con dicha omisión, complete la densidad de cotizaciones y consolide así su derecho pensional. Véase para el efecto, la sentencia CSJ SL2138-2016, 24 feb. 2016, rad. 57129.

Entonces, desde esta arista, el cargo resulta fundado; pero, no es próspero, pues no puede olvidarse que dicha acumulación de tiempos fue concebida con el propósito de que los trabajadores causaran una única pensión por el tiempo laborado en el

sector público y/o privado, con cotizaciones o sin ellas; sin embargo, en el caso que ocupa la atención de la Sala, quedó demostrado en el proceso y no es objeto de discusión, que a Marco Tulio Aya León le fue otorgada una pensión de jubilación, bajo la égida de la Ley 33 de 1985, a partir de la fecha en que alcanzó 55 años de edad, y en consideración a 20 años de servicios prestados a la demandada, dentro de los cuales se incluyó el periodo en el cual no hubo cobertura en Cáqueza, entre junio de 1972 y marzo de 1988.

En innumerables asuntos en los cuales ha sido parte el Banco Popular, en perspectiva de verificar si hay lugar al reconocimiento de la pensión de jubilación, la Sala de Casación Laboral ha adocinado que la privatización del banco no conlleva la pérdida del derecho de quienes estuvieron a su servicio por más de veinte años como trabajadores oficiales, y que su afiliación al ISS no les impide obtener la pensión de jubilación oficial, pues para ellos, a diferencia del sector particular, no se previó un principio de transitoriedad del régimen pensional a cargo del empleador para derivar en el relevo total del riesgo por el ISS, como lo memoró el ad quem; por el contrario, subsistieron estatutos especiales que no contemplaban tal asunción y se expidieron otros como el Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el 1848 de 1969, en el cual tampoco se dispuso la subrogación total.

Bajo ese horizonte, se ha razonado que la pensión de jubilación debe ser reconocida y pagada, en principio, por quien fue el último empleador, solo –también se ha dicho–, hasta cuando el trabajador alcance los requisitos impuestos por los reglamentos del ISS y comience el pago de la pensión de vejez, momento a partir del cual será relevada de obligación en todo o en parte por esa entidad de seguridad social (véase sentencia CSJ SL802-2019).

Lo anterior es lo que se conoce como la compartibilidad pensional, por cuya virtud el empleador queda liberado del pago de la pensión a su cargo si el monto que reconoce el ISS por la pensión de vejez es mayor al que venía pagando; en cambio, si la cuantía de la última es inferior a la de la primera, quedará sujeto al pago del mayor valor, es decir, a la diferencia entre ellas.

Como, se insiste, en este caso no hay duda que para el reconocimiento de la prestación jubilatoria se sumó el tiempo transcurrido entre 1972 y 1988, no es posible retomar dichos tiempos para efectos de la pensión de vejez reconocida por el ISS, pues aun cuando se trató de tiempo laborado y no cotizado por falta de cobertura del ISS, el banco empleador no se sustrajo del cumplimiento de sus obligaciones y reconoció la pensión de jubilación, por lo que no podría ser condenado a asumir el cálculo actuarial por un periodo que tuvo en cuenta para efectos de la prestación a su cargo, como con acierto lo concluyó el Tribunal.

Ahora bien, la censura expone que si el demandado se «excusa» por el no pago del bono pensional, en que reconoció la pensión de la Ley 33 de 1985, ha debido continuar pagando la mesada completa, después del reconocimiento de la pensión de vejez por el ISS, tesis que no tiene de donde asirse, pues no es posible que se otorguen con los mismos tiempos dos pensiones que cubren igual riesgo, tal cual fue considerado en sentencias CSJ SL 536-2018 y CSJ SL712-2018, precisó que a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, la regla general es la

incompatibilidad del reconocimiento de dos pensiones que amparen la misma contingencia.

Con todo, de tornarse posible la emisión del bono pensional por el tiempo reclamado, no habría lugar a acumular el tiempo de servicio público pretendido, con el exclusivo propósito de incrementar la tasa de remplazo de la pensión reconocida por el ISS al actor, bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, pues como pacíficamente lo ha señalado esta Corporación, dicha sumatoria no es viable, tal cual lo recordó en la sentencia CSJ SL9088-2015, en la cual sostuvo:

[...], debe recordarse que la jurisprudencia constante y reiterada de esta Corporación ha sostenido de vieja data que no resulta procedente la sumatoria de tiempos servidos al sector público con semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, a efectos de reconocer la pensión de vejez contemplada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto dicha disposición no contempla dicha sumatoria de manera expresa y, además, en la medida en que lo establecido en el párrafo primero del artículo 36 referido solamente concierne a las prestaciones contempladas en el artículo 33 de la Ley del Sistema de Seguridad Social Integral.

De la anterior suerte, el juzgador no incurrió en los dislates jurídicos enrostrados por la censura y, por ende, el ataque no sale adelante.

Por ser fundado el cargo, no se impondrán costas.

IX.

DECISIÓN

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 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., el 12 de febrero de 2014, en el proceso instaurado por MARCO TULIO AYA LEÓN en contra del BANCO POPULAR y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Costas, como se dijo en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ

2

SCLAJPT-10 V.00



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

