

Radicación n.º 57634

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

SL8684-2015

Radicación n.º 57634

Acta 20

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 19 de diciembre de 2011, en el proceso ordinario que instauró ÁLVARO ENRIQUE SALDARRIAGA MONTOYA contra el BANCO POPULAR S.A.

I. ANTECEDENTES

Con la demanda inicial solicitó el actor que se condene al demandado al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación «a partir de la fecha en que se retire de la Institución», así como las costas del proceso.

Como fundamento de esos pedimentos, refirió que se encontraba vinculado al ente convocado desde el 24 de marzo de 1972; que en la actualidad desempeñaba el cargo de Asistente Administrativo, con una asignación salarial mensual básica de \$1.587.388; que cuenta con más de 20 años de servicios al banco accionado; que solicitó el reconocimiento de la pensión, prestación que fue negada en escrito de 13 de septiembre de 2007 (folios 2 a 9).

La parte accionada al dar respuesta a la demanda, se opuso a las pretensiones. De sus hechos, admitió todos excepto el referente al extremo inicial del vínculo laboral, para lo cual precisó que el contrato de trabajo comenzó el 2 de noviembre de 1971. En su defensa expuso que, para la fecha en que el actor cumplió los 55 años de edad (27 de agosto de 2007) el Banco Popular era una entidad de carácter privado, toda vez que el 21 de noviembre de 1996 cambió su naturaleza jurídica de sociedad de economía mixta del orden nacional a sociedad comercial anónima. Agregó que el convocante únicamente tenía una mera expectativa pensional y no un derecho adquirido al momento de la privatización de la entidad bancaria, de ahí que la pensión se encuentre regulada por el derecho privado. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia de la obligación y «SUBROGACIÓN» (folios 28 a 44).

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Conoció de la primera instancia el Juzgado Segundo Adjunto al Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, que en sentencia de 31 de mayo de 2010, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el señor ÁLVARO ENRIQUE SALDARRIAGA MONTOYA tiene derecho, desde el 1 de septiembre de 2007, a pensión vitalicia de jubilación por tener más de 20 años de servicios y 55 años de edad, prestación a cargo del BANCO POPULAR S.A. a razón de 13 mesadas por año, teniendo como primera mesada pensional la suma de \$1.467.067.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad BANCO POPULAR S.A. a pagar al actor el retroactivo causado entre el 1 de septiembre de 2007 y el 31 de mayo de 2010 por valor de \$57.709.786 y a continuar pagando a partir de 1 de junio de 2010 una mesada correspondiente a la suma de \$1.702.859 y hasta que el actor cumpla los requisitos para que la obligación se subrogue totalmente en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada. (Folios 310 a 322).

I. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Medellín, mediante la sentencia recurrida en casación, resolvió confirmar la decisión de primera instancia.

Para ello, y en lo que concierne al recurso extraordinario, estableció que al convocante le era aplicable la L. 33/1985, dada la calidad de trabajador oficial que tenía a la fecha de entrada en vigencia de la L. 100/1993, y además, por cuanto no mutó su condición con el cambio de naturaleza jurídica del Banco Popular. En sustento de sus planteamientos citó la sentencia CSJ SL, 27 de octubre de 2009, rad. 37432.

Agregó que en modo alguno se desconocía la afiliación y aportes realizados ante el ISS, en tanto que, operaría la subrogación pensional una vez el actor cumpliera con los requisitos para obtener el derecho a la pensión de vejez. (folios 350 a 374, C. 1).

I. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandada, fue concedido por el Tribunal (folios 376 a 378). Admitido por la Corte, se procede a resolver.

I. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la accionada que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia REVOQUE la decisión del a quo y, en su lugar, absuelva al Banco demandado de todas las pretensiones de la demanda.

En subsidio, solicita que se case el fallo recurrido en cuanto confirmó el del a quo, para que, en sede de instancia MODIFIQUE los numerales primero y segundo de la sentencia de primer grado y, en su lugar, se complemente la decisión en el sentido de precisar que el demandante deberá disfrutar de la pensión de jubilación, «a partir de su desvinculación efectiva de la entidad».

Con tal objeto, formuló dos cargos y dentro de la oportunidad legal solamente fue replicado el primero.

I. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de interpretar erróneamente «los artículos 3° y 76 de la Ley 90 de 1946; los artículos 5° y 27 del Decreto Ley 3135 de 1.968; 68, 73 y 75 del Decreto Reglamentario 1848 de 1.969; 2° del Decreto Ley 433 de 1971; 6°, 7° y 134 del Decreto 1650 de 1977; 1° y 13 de la Ley 33 de 1.985; 11, 21, 36, 133, 151 y 289 de la Ley 100 de 1993; 5° del Decreto 813 de 1994 (modificado por el artículo 2° del Decreto 1160 de 1994) y 45 del Decreto 1748 de 1945; 3° y 4° del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 1° literal c), 11 y 12 del Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1° del Decreto 3041 de 1966; 28 y 57 del Acuerdo 044 de 1989 expedido por el Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1° del Decreto 3063 de 1989; y el artículo 1° del Acuerdo 049 de 1990 expedido por el Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1° del Decreto 758 de 1990».

Para su demostración, comienza por aludir al cambio de composición accionaria de la sociedad cuando el actor prestaba sus servicios a ésta y al hecho de que se encontraba afiliado al ISS, situación que – aduce- afectó la naturaleza de su vinculación, por lo que resultaba inaplicable la L. 33/1985 y el art. 36 de la L. 100/1993; que la naturaleza jurídica del empleador es la condición que determina el régimen legal de sus servidores; que al ser el Banco una entidad privada al momento en que el demandante cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación oficial, el régimen pensional aplicable es el privado.

Señala que como no se consolidó el derecho mientras el Banco tuvo el carácter oficial, el promotor del litigio sólo gozaba de una «mera expectativa de jubilarse en las condiciones preferenciales de los empleados públicos»; que el art. 17 de la L. 153/1887, establece que «las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley que las anule o las cercene».

Indica que al estar afiliado el convocante al ISS y pagar el demandado las cotizaciones correspondientes, «independientemente de la calidad de trabajador oficial que ostentó (...) cuando la entidad era una sociedad de economía mixta, resultó asimilado a un trabajador particular, como lo continua siendo desde el 21 de noviembre de 1996, por prestar servicios en una sociedad de derecho privado».

Finalmente, recalca que la Corte Constitucional ha señalado que el Instituto de Seguros Sociales tiene la naturaleza jurídica de Caja de Previsión Social; que al no entender el Tribunal que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del D. 433/1971, los trabajadores oficiales afiliados al ISS se asimilaban a los trabajadores particulares, interpretó erróneamente las disposiciones señaladas en la proposición jurídica.

I. RÉPLICA

La oposición aduce que se demostró que SALDARRIAGA MONTTOYA labora para el Banco Popular desde hace más de 40 años y que al entrar en vigencia la L. 100/1993, contaba con más de 40 años de edad, «por lo cual su pensión debió reconocerse en términos de la ley 33 de 1985 al cumplir los 55 años de edad, esto es, a partir de septiembre de 2007».

Agrega que la privatización de una entidad oficial para desconocer los derechos laborales y pensionales adquiridos por los trabajadores oficiales, no tiene fundamento alguno, como quiera que «la sustitución patronal no libera al nuevo propietario de cumplimiento de aquellos» y, que los derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles, no pueden ser conciliados ni vulnerados por leyes posteriores.

Indica además, que la sentencia recurrida en casación se encuentra acorde con la reiterada

jurisprudencia de esta Colegiatura sobre los trabajadores del banco demandado.

I.

CONSIDERACIONES

En esencia son dos los temas propuestos por el recurrente: i) que la entidad convocada a juicio, por razón de su privatización, no está obligada a asumir el pago de la pensión de jubilación que implora la parte actora con base en el régimen de transición, habida cuenta que el cumplimiento de los requisitos ocurrió cuando la entidad bancaria era de naturaleza privada, razón por la que, como el derecho pensional no se consolidó mientras el ente enjuiciado tuvo el carácter oficial, sólo gozaba de una mera expectativa para acceder a una pensión oficial; y ii) que el accionante, por haber sido afiliado al I.S.S., y cotizado para los riesgos de IVM durante la vigencia de la relación laboral, cambió de situación pensional y por ende se le debe aplicar las normas propias del trabajador particular.

Sobre este asunto, la Corte se ha pronunciado de manera reiterada, constante y uniforme, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 6 dic. 2008, rad. 35796 y CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 38027, en las cuales se explicó que la privatización del banco demandado no implicaba la pérdida del derecho a la pensión de jubilación de quienes le prestaron más de veinte años de servicio como trabajadores oficiales, independientemente que con posterioridad cumplieran la edad para pensionarse y, de otro lado, que la afiliación de esos trabajadores al Seguro Social no les impedía obtener la pensión de jubilación oficial, porque para ellos no se previó, como en el sector particular, un principio de transitoriedad del régimen pensional a cargo del empleador para derivar en la asunción total del riesgo por el Seguro.

Así las cosas, al no encontrar la Sala razones para cambiar el criterio jurisprudencial que hasta ahora se ha mantenido vigente y explicado en las aludidas sentencias, a cuyo contenido se remite, el cargo no prospera.

I.

CARGO SEGUNDO

Aduce que la sentencia impugnada es violatoria de la ley sustancial por la vía directa, en el concepto de interpretación errónea de «los artículos 36 de la Ley 100 de 1993; 1º de la Ley 33 de 1985; 27 del Decreto 3135 de 1968; y 75 y 76 del Decreto 1848 de 1969».

Señala que, el juez de apelaciones confirmó la condena al reconocimiento de la pensión de jubilación a partir del 1º de septiembre de 2007, fecha en que cumplió 55 años de edad, no obstante haber reconocido, de forma expresa, que el actor aún se encuentra laborando para el Banco.

Agrega que la L. 33/1985, norma que fundamenta las pretensiones del actor, en virtud del régimen de transición previsto en el art. 36 de la L. 100/1993, exige el retiro definitivo del trabajador para poder disfrutar de la pensión.

Aduce que si bien es cierto, en la decisión recurrida no hay consideración específica relativa a fecha a partir de la cual Saldarriaga Montoya disfrutará la pensión de jubilación, al confirmar el Tribunal la decisión del a quo en su integridad, ratifica las consideraciones del juez de primer grado sobre el tópico, lo que genera la interpretación errónea de las normas indicadas en la proposición jurídica.

En sustento del cargo, transcribe además apartes de la sentencia CSJ SL, 8 de febrero de 2011, rad. 40222.

I.

CONSIDERACIONES

Se duele la censura que pese a que juez de apelaciones reconoció que el demandante estaba aún vinculado a la entidad, no ordenó que el reconocimiento pensional sería efectivo desde el retiro del servicio.

Pues bien, debe recordar la Sala que tal y como se ha señalado de tiempo atrás, la pensión de jubilación oficial se hace efectiva a partir del retiro definitivo del servicio, en virtud de lo cual, la referida prestación respecto de un trabajador activo, en modo alguno puede disfrutarse desde el cumplimiento de los requisitos legales, sino que debe comenzar a pagarse una vez haya fenecido el vínculo.

De ahí, emerge con total claridad que le asiste razón al casacionista en su censura, toda vez que el ad quem confirmó la decisión de primera instancia en la que se ordenó el pago de la pensión desde el 1º de septiembre de 2007, no obstante que dentro del plenario, no obra instrumental alguna que acredite el retiro efectivo del servicio de Montoya Saldarriaga.

Sobre el tópico en debate, ya se ha pronunciado esta Corporación en la sentencia CSJ SL, 24 de abril de 2012, rad. 49236, en la que se indicó:

Como ya se advirtió, esta Sala de la Corte se ha pronunciado en forma reiterada sobre el tema que en esencia se plantea en los dos cargos y ha establecido que el retiro del servicio es una condición necesaria para percibir la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985, que se mantiene vigente a pesar de la mutación de la naturaleza jurídica del Banco Popular, pues no resulta válido acudir a los presupuestos de reconocimiento de la prestación establecidos en la norma y dejar de lado los que consagran condiciones para su disfrute, como el que se refiere al retiro del servicio.

Ha dicho la Corte en este punto:

"Sea lo primero puntualizar que la obligación de pagar la pensión de jubilación a la que tienen derecho los trabajadores oficiales, que fue la reconocida al actor, surge cuando el trabajador se retira del servicio activo, de manera que su reconocimiento ha de hacerse desde el momento del retiro o de la desafiliación, con base en los ingresos devengados hasta tales oportunidades, como que en el cómputo de la pensión debe ser considerado el último día de prestación de servicios.

Precisa advertir que la percepción simultánea de pensión de jubilación oficial y de salarios, en razón de la vigencia de la vinculación laboral, resulta antitética; y que tal incompatibilidad se predica aun en la hipótesis de que hubiese sufrido variación la calidad jurídica con la que se adquirió el derecho a la pensión de jubilación, en tanto que no es de recibo la escisión de la norma en obsequio de aplicarla respecto de los presupuestos para la adquisición de la prerrogativa jubilatoria, pero soslayarla en relación con los requerimientos o condiciones reclamados para su efectividad o disfrute.

Estas orientaciones doctrinarias aparecen vertidas en las sentencias del 1 de agosto de 2006 (Rad. 29.023) y del 28 de noviembre de la misma anualidad (Rad. 28.414). En la primera de ellas, se expresó:

(...)

Y en la segunda, se asentó:

"La discusión en el recurso extraordinario se reduce a la disposición del Tribunal de que el goce de la prestación pensional reconocida al actor se haga efectivo a partir de la fecha de 'retiro efectivo del servicio' (folio 150), pues, para el recurrente, por contar hoy con la calidad de trabajador particular, las normas que previeron tal condición para los servidores públicos le son inaplicables, de suerte que, su derecho debe hacerse efectivo desde el momento que cumplió el requisito de la edad mínima para tal efecto.

(...)

"Pues bien, frente al criterio expresado por la Corte en reciente sentencia de 1º de agosto de 2006 (Radicación 20.023), en la que al resolver la instancia concluyó que no era admisible disfrutar, a un mismo tiempo, de la pensión oficial de jubilación reconocida por el empleador y salarios, por mantenerse vigente la vinculación, el Tribunal no incurrió en los yerros jurídicos que le atribuye el recurrente en los dos cargos que dirige contra el fallo, dado que, conforme a éste, no es posible escindir de la norma que prevé el reconocimiento del derecho las condiciones que para su efectividad allí se contemplan, en otros términos, que por la mutación de la calidad con la que se adquirió el derecho, resulta desaparecida la condición suspensiva de la norma que a éste le dio origen.

(...)

Conforme a la prueba de autos, el accionante nació el 24 de agosto de 1946. Y al laborar al servicio del banco demandado desde el día 2 de febrero de 1971 hasta por lo menos la fecha en la que presentó su demanda, sin duda, se le consolidó el derecho a la pensión de jubilación oficial el día 24 de agosto de 2001, fecha en la que cumplió los 55 años de edad pues, para ese momento, llevaba más de 20 años de servicios prestados al Banco Popular como trabajador oficial, de suerte que a partir de aquel momento estaba legitimado para reclamar la prestación jubilatoria. Sin embargo, siguió vinculado laboralmente a la entidad demandada.

Con arreglo a lo que se dejó expresado atrás, el promotor de la litis no podía disfrutar de la pensión de jubilación oficial al tiempo de percibir salarios, como que ello comportaría abierto, franco y frontal desconocimiento de la prohibición consagrada en el ordenamiento jurídico." Sentencia del 1 de febrero de 2011, Rad. 34685.

Dichas consideraciones han sido plasmadas también en decisiones como la del 14 de noviembre de 2009, Rad. 29602, y la del 8 de febrero de 2011, Rad. 40222, entre muchas otras.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal no realizó la intelección inadecuada de las normas incluidas en la proposición jurídica que se denuncia en el primer cargo, pues simplemente confirmó que el retiro del servicio es una condición necesaria para percibir la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985, tal y como lo ha sostenido esta Sala de la Corte en repetidas oportunidades.

Así las cosas, el ad quem cometió el yerro jurídico endilgado y, por consiguiente, el cargo prospera.

Sin costas en el recurso extraordinario dada la prosperidad parcial.

I.

SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, son suficientes los argumentos esgrimidos en la esfera casacional, para modificar el numeral segundo del fallo de primera instancia, en el sentido de ordenar que el pago de la pensión de jubilación se hará efectivo desde el momento en que el actor se retire del servicio y «hasta que (...) cumpla los requisitos para que la obligación se subrogue totalmente en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES».

Las costas de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada. Sin costas en la segunda instancia.

XV. 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, CASA la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 19 de diciembre de 2011, en el proceso ordinario que instauró ÁLVARO ENRIQUE SALDARRIAGA MONTOYA contra el BANCO POPULAR S.A., en cuanto confirmó la de primer grado que había condenado a la entidad accionada a pagar la pensión de jubilación, a partir del 1º de septiembre de 2007. No casa en lo demás.

EN SEDE DE INSTANCIA, se modifica el numeral segundo del fallo proferido por el Juzgado Segundo Adjunto al Cuarto laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de ordenar que el pago de la pensión de jubilación será efectiva desde el momento en que el actor se retire del servicio y «hasta que (...) cumpla los requisitos para que la obligación se subrogue totalmente en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES». Confirmar en lo demás.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

2



