

Radicación n° 46865

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

Magistrado ponente

SL9804-2015

Radicación n.° 46865

Acta 25

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por GUSTAVO GAVILÁN CANTOR, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 9 de abril de 2010, en el proceso que instauró el recurrente contra el BANCO POPULAR S.A.

ANTECEDENTES

El accionante llamó a juicio al banco, con el fin de que se condene al reconocimiento de la pensión de jubilación desde el 14 de agosto de 2006, cuando cumplió 55 años de edad, en cuantía del 75% del salario devengado durante el último año de servicios, con la indexación de la primera mesada, más los incrementos de ley, sin perjuicio de que el ISS asuma el pago de la pensión de vejez, quedando a cargo del banco solo el mayor valor si lo hubiere. Más los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas causadas.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que laboró para el banco desde el 27 de febrero de 1974 hasta el 31 de diciembre de 1999, es decir por 25 años, 10 meses y cuatro días, en calidad de trabajador oficial; que cumplió 55 años de edad el 14 de agosto de 2004; que el salario promedio del último año de servicios fue la suma de \$ 964.143; que el contrato de trabajo terminó por mutuo acuerdo elevado a conciliación.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada aceptó parcialmente los hechos y se opuso a las pretensiones por considerar que el actor no tenía derecho a la pensión por haber ostentado la calidad de trabajador particular al momento de su retiro y porque él se trasladó, en forma voluntaria, al régimen de ahorro individual con PORVENIR, situación que, según la demandada, ocasiona que ya no lo cobije la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo estipulado en el artículo 4° del D. 813 de 1994, modificado por el artículo 1° del D. 1160 de 1994.

En su defensa propuso las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera

instancia, mediante fallo del 18 de noviembre de 2008 (fls. 272 y ss), condenó a la demandada a reconocer la pensión de jubilación, con base en el promedio de lo devengado en el último año, en cuantía de \$917.090, a partir del 14 de agosto de 2006, y, en sentencia complementaria, agregó que la pensión iría hasta cuando el ISS le reconozca la pensión de vejez, conforme a la parte motiva, donde se dijo que, en dicho evento, el banco solo pagaría el mayor valor.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 9 de abril de 2010, revocó en su integridad la sentencia, para, en su lugar, absolver a la demandada de todas las pretensiones.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el tribunal consideró, como fundamento de su decisión, que debía tener en cuenta los siguientes aspectos fácticos:

El actor prestó sus servicios a la demandada desde el 27 de febrero de 1974 hasta el 31 de diciembre de 1999, por más de 20 años, y nació el 14 de agosto de 1951, fl.12;

El trabajador fue afiliado por la demandada al ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, fls. 273 a 282, sin embargo, a partir de agosto de 1999, él se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR (fls. 193 y 183);

A la fecha de terminación del contrato, la demandada era una sociedad de economía mixta regida por las normas propias de las empresas industriales y comerciales del Estado (fls. 9 a 19), lo que implica, dijo, que el actor era trabajador oficial;

Cuando el trabajador cumplió la edad de 55 años, 14 de agosto de 2006, el banco había sido privatizado.

A renglón seguido, el ad quem le dio la razón al apelante, en cuanto este había afirmado que el a quo no advirtió la trascendental circunstancia de que el demandante se había trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir del mes de septiembre de 1999, tal como lo indicaban las documentales visibles a folios 183, 193 y 277 a 279 del expediente, lo que implica, a juicio del juez colegiado, la pérdida del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Precisó que el a quo se había equivocado al considerar que el actor era beneficiario del régimen de transición, cuando las pruebas mostraban que perdió dicho beneficio. Anotó que, en la sentencia apelada, no se hizo alusión al hecho de que el extrabajador estaba afiliado al régimen RAIS, razón por la cual el a quo dispuso que la pensión iría hasta cuando el ISS le reconozca la pensión de vejez, cuando, según el juez de alzada, es evidente que esta entidad no tenía ninguna obligación frente al actor.

Tras lo antes dicho, el fallador de segundo grado concluyó que el a quo se equivocó al ordenar el reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada por el demandante, pues el derecho a esta prestación, a su juicio, solo le asiste a quienes sean beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, condición que, reiteró, no tenía el actor, y, para reforzar su dicho, transcribió el inciso 4º del precitado artículo 36 de la Ley 100.

Según el ad quem, conforme al referido inciso 4º, se debe concluir que si el demandante decidió

acogerse voluntariamente al RAIS, de acuerdo con lo acreditado en el proceso, es claro que él no se encuentra cobijado por el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues el traslado de régimen se había perfeccionado desde septiembre de 1999, como se desprende de la certificación de fl. 193 y del documento visible a fls. 277 a 279.

Aclaró que, aunque en el documento presentado por el apoderado del demandante ante el juzgado de primera instancia (fl.204), este había asegurado que, oportunamente, se había vuelto a afiliarse al régimen de prima media con prestación definida al ISS, conservando así los beneficios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto era que no existía evidencia alguna de que el actor efectivamente hubiese retornado al régimen de prima media administrado por el ISS, y que, además, hubiese cumplido los requisitos legales correspondientes, por lo que determinó que no era posible predicar que hubiese recuperado el régimen de transición. De otra parte, agregó que la afirmación del apoderado del actor era contraria a la confesión hecha por este en el interrogatorio de parte que le fue formulado, durante el cual afirmó que sí estuvo afiliado a PORVENIR desde aproximadamente 1998 hasta mayo de ese año, o sea 2008, fl. 200.

Por lo antes dicho, concluyó que el demandante no tenía derecho a la pensión.

RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte actora, concedido por el tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Se pretende por el recurrente que la Corte case totalmente el fallo impugnado, en cuanto revocó la sentencia de primera instancia que sí había proferido condena, para que, en sede de instancia, confirme la sentencia dictada por el a quo y condene a la demandada al reconocimiento de los derechos que sustentan las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito formula dos cargos que fueron objeto de réplica y serán estudiados de forma conjunta por perseguir la misma finalidad y valerse de argumentos similares.

CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley sustancial, a través de la vía directa, a causa de la interpretación errónea de los artículos 13 y 53 de la Constitución Nacional; incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de diciembre 23 de 1993; de los artículos, 27 del Decreto 3135 de 1968, 68 del D.R. 1848 de 1969, 1º de la Ley 33 de 1985, artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Comienza diciendo que, en el presente asunto, no se controvierte la existencia del contrato de trabajo, ni que el demandante cumplió los 55 años de edad, ni el último cargo desempeñado por el actor, ni que el trabajador laboró por más de 20 años cuando el Banco Popular era una entidad de carácter oficial.

Manifiesta que, por las características de la sentencia impugnada, se está frente a la infracción directa por interpretación errónea de la ley sustancial, puesto que, resalta, el tribunal, al aplicar las disposiciones que regulan lo relativo al derecho del demandante a la pensión de jubilación, invocó el inciso 4º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual fue objeto de una interpretación anacrónica porque, dice, no tuvo en cuenta las sentencias de constitucionalidad números C-789

de septiembre 24 de 2002 y la Sentencia C 1024 del 20 de octubre del 2004; de tal manera que la norma que empleó el tribunal es la que regula los hechos que encontró demostrados (inciso 4° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993), pero le restringió los efectos que le asignaron las sentencias mencionadas.

Para corroborar su dicho, citó un pasaje de una sentencia de la Corte Constitucional, pero no indicó su radicado.

Afirma que el enorme desacuerdo con la sentencia acusada tiene que ver con la equivocada interpretación de las normas legales y constitucionales que hizo el ad quem con respecto de las pretensiones de la demanda, circunstancia lamentable que condujo al desconocimiento de los derechos del actor y a la valoración de las normas sustanciales del orden nacional invocadas, dislates que salen a flote del cuidadoso examen de la realidad probatoria.

Señala que, para corroborar «los errores de hecho» censurados, se debe observar la forma como, con respecto a la pertenencia del demandante al régimen de transición, disertó el ad quem, y acto seguido transcribe lo dicho por el juez colegiado sobre el punto.

Refiere a que el artículo 13 de la norma superior consagra el derecho a la igualdad y que el artículo 53 ibídem fue desconocido por el ad quem al conculcar al trabajador demandante los derechos mínimos fundamentales, como la igualdad de oportunidades, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador y primacía de la realidad sobre las formalidades.

Concluye que, del plenario, se puede extraer con evidencia que el actor, al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, contaba con más de quince (15) años de cotización, condición suficiente para que no hubiera perdido el régimen de transición así se hubiere trasladado al régimen de ahorro individual, y luego, como lo confesó en el interrogatorio de parte que le formulara el apoderado de la pasiva, se trasladara nuevamente para el régimen anterior.

Estima que, si el tribunal le hubiera dado a las normas señaladas (incisos 4° y 5° del artículo 36 de la ley 100 de 1993) el alcance que exigen los hechos antes mencionados, no habría llegado a esa conclusión, porque esa interpretación, en su criterio, es propiamente el origen del error.

Insiste en que fue por restringir el alcance de la norma que el tribunal, al elaborar el silogismo jurídico, se equivocó en su conclusión, cuando determinó que, por haberse trasladado del régimen de prima media al de ahorro individual, sin que obre prueba de que el actor hubiese retornado al primero, no tenía régimen de transición, y que, por tanto, no le podía aplicar el régimen anterior contenido en la Ley 33 de 1985, sino el de la Ley 100 de 1993.

Es una verdad inconcusa para el recurrente el que el demandante, acogiéndose a la sentencia C-1024, fue readmitido en el ISS desde el primero (1) de julio del pasado año 2009.

Defiende que es apenas obvio que el demandante cumple con todas las condiciones para acceder a la pensión de jubilación a los 55 años de edad conforme lo establece la Ley 33 de 1985 y que no perdió el beneficio del régimen de transición.

Considera que, como el juez de alzada incurrió en los errores mencionados, al margen de las condiciones fácticas, que se plantearán en el otro cargo, se violó la ley sustancial por vía directa en la modalidad de interpretación errónea de las normas mencionadas antes, por lo que, está seguro de que esta Sala infirmará el fallo recurrido, para, en su lugar, condenar a la demandada al

pago de las prestaciones y emolumentos solicitados, con costas a cargo de la parte demandada.

RÉPLICA

Se opone a la prosperidad del recurso, por cuanto considera que las razones que tuvo el juzgador de segundo grado, para revocar la sentencia del a quo, fueron puramente fácticas, por haber encontrado acreditado el traslado del actor del régimen de prima media al RAIS y no haber hallado evidencia alguna de que se hubiera regresado al primero; por tal razón, sostiene, no cabía el ataque por la vía directa.

SEGUNDO CARGO

Se acusa la sentencia recurrida por la vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, artículo 2° de la Ley 797 de 1993; 51 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; 174,175,177,195,252 a 255,268,269,277, del Código de Procedimiento Civil.

La transgresión legal anotada, para el impugnante, se generó a consecuencia de los errores manifiestos de hecho en que incurrió el ad-quem, a saber:

No dar por demostrado, estándolo, que el demandante se trasladó del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida.

No dar por demostrado, estándolo, que el actor conservó el beneficio del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor perdió los derechos del régimen de transición por haberse trasladado de régimen.

Afirma que los anteriores errores de hecho emanan a su vez de la errada apreciación de los siguientes instrumentos de convicción:

1. Demanda (folios 2 a 8).
2. Historia laboral aportada por el ISS (Folios 273 a 281).
3. La prueba solicitada por la demandada así: interrogatorio de parte al demandante (folios 200 a 202).

En la historia laboral aportada por el ISS (folio 272) se dice que aparecen cotizaciones al ISS a favor del demandante desde 1967 y hasta 1994, con un número de semanas de 1229. Hasta el 27 de julio del año 1999 son cinco (5) años, nos da unas mil cuatrocientas setenta y nueve (1.479) semanas, suficientes como para no volverse a afiliar a otro fondo de pensiones y mantener su derecho a la pensión.

DEMOSTRACIÓN DEL CARGO

Según el impugnante, la enorme discrepancia con la sentencia acusada tiene que ver con la equivocada valoración probatoria que hizo el a quo (sic), de los medios de convicción antes detallados, con respecto de las pretensiones de la demanda, circunstancia lamentable que condujo al desconocimiento de los derechos fundamentales del actor y a la valoración de las normas sustanciales del orden nacional invocadas, dislates que se manifiestan con el cuidadoso examen de la realidad probatoria en correspondencia con todo el acervo relacionado en el acápite anterior.

Con sana sindéresis y después de un estudio paciente y dialéctico de las pruebas recaudadas, considera el recurrente que el juez de alzada habría podido proferir una decisión justa y equitativa que consultara con una debida aplicación de las normas relacionadas en el cargo y las pretensiones formuladas por el demandante.

Agrega que, a título informativo, para mejor proveer, con el debido respeto y apartándose del rigorismo procesal, dijo que aportaba con este escrito i) certificación de la AFP PORVENIR S.A. en la que consta el traslado al ISS desde el 27-05-2010; ii) certificación del ISS en la que consta que el actor continúa afiliado a esa entidad, y iii) certificación de ASOFONDOS en la que se dice que el actor figura afiliado al ISS desde el 26 de mayo de 2009, lo que complementa lo dicho por el actor en el interrogatorio de parte, fls. 200 a 202, en el cual había afirmado que se había desafiliado de PORVENIR.

RÉPLICA

Considera que no debe prosperar la presente acusación, porque el impugnante consciente de la falencia probatoria, acompañó con la demanda de casación tres certificaciones que podrían, eventualmente, demostrar su regreso al régimen de prima media con prestación definida; pero, dice, si el tribunal no tuvo la oportunidad de conocerlos, no se le pueden achacar los yerros fácticos manifiestos que denuncia el cargo.

CONSIDERACIONES

Le corresponde a la Sala resolver, en primer término, el problema de orden jurídico de si el demandante perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y, en consecuencia, no se le podía aplicar el régimen pensional anterior contenido en la Ley 33 de 1985, como lo concluyó el tribunal, por el hecho de haberse pasado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, habida cuenta que la relación laboral estuvo vigente desde el 27 de febrero de 1974 hasta el 31 de diciembre de 1999 (es decir que, para la entrada en vigencia del régimen integral de seguridad social, el actor contaba más de 15 años de servicio, aparte de que también tenía más de 40 años de edad, como lo indica su fecha nacimiento) y que, en el mes de agosto de 1999, él se pasó al RAIS, premisas fácticas que fueron asentadas por el ad quem y que no son objeto de controversia a estas alturas del proceso.

Así las cosas, en el caso del sublite, es claro que, para cuando el actor cambió de régimen pensional, ya completaba más de 20 de servicios como trabajador oficial para la demandada.

De cara a una situación fáctica similar a la que ocupa ahora la atención de la Sala, esta Sala ya se ha pronunciado, como pasa a verse enseguida con la transcripción de la sentencia CSJ SL 13280 de 2014, así:

El Tribunal consideró que el señor Abrahán Contreras Cortés no perdió el beneficio del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por trasladarse del Régimen de Prima con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, con fundamento en que si bien era cierto que tal situación «había sido prevista por el artículo 4 del Decreto 813 de 1994, la misma se predicaba para el reconocimiento de la correspondiente pensión de vejez que deba el ISS o la Administradora de Fondo de Pensiones que esté obligada a asumir el riesgo de vejez una vez cumplidos los requisitos legales para tal efecto, y no para este caso en el que la empleadora deberá reconocer la prestación económica hasta que sea subrogada

en ese riesgo, debido al vacío legislativo existente en la materia».

La censura dirige todo su esfuerzo argumentativo a desquiciar el anterior razonamiento, pues a su juicio, el señor Contreras Cortés, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4° del Decreto 813 de 1994, modificado por el 1° del Decreto 1160 de 1994, sí perdió el mentado beneficio por el traslado de régimen.

Así las cosas, se impone a la Corte recordar que mediante sentencia C-789 de 2002 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el mentado Decreto 813 de 1994, en los siguientes términos:

"PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES los incisos 4° y 5°, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

"SEGUNDO.- Declarar así mismo EXEQUIBLE el inciso 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y** (destaca esta vez la Sala)

b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media" (subrayas fuera del texto).

Y los razonamientos de esa Corporación para arribar a tal decisión fueron los siguientes:

"(...) Como se dijo anteriormente, los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no están contrariando la prohibición de renunciar a los beneficios laborales mínimos, pues las personas que cumplen los requisitos necesarios para hacer parte del régimen de transición no tienen un derecho adquirido a su pensión. Sin embargo, el valor constitucional del trabajo (C.N. preámbulo y art. 1°), y la protección especial que la Carta le otorga a los trabajadores, imponen un límite a la potestad del legislador para configurar el régimen de seguridad social. En virtud de dicha protección, los tránsitos legislativos deben ser razonables y proporcionales, y por lo tanto, la ley posterior no podría desconocer la protección que ha otorgado a quienes al momento de entrada en vigencia del sistema de pensiones llevaban más de quince años de trabajo cotizados.

"Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

"A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

"El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

"Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994) terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

"En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto".

Luego, para el caso del demandante Abrahán Contreras Cortés, **es claro que no podía perder, en modo alguno, el beneficio del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y adquirido por contar con más 40 años de edad y 15 años de servicio a la entidad demanda al 1º de abril de 1994, por cuanto que sin discusión en el proceso, para el referido 1º de abril de 1994, cuando entró a regir la normativa de la Ley 100 de 1993, se repite, ya contaba con más de los 15 años de servicios al sector oficial por conducto del Banco demandado, pues venía vinculado como trabajador oficial desde el 5 de febrero de 1973, y, para esa misma fecha del 1º de abril de 1994, como para el 19 de junio de 1998, que fue cuando hizo la solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR (folio 190), hecho también indiscutido en el proceso, tenía más que superados los 20 años de servicio oficial exigidos por la normativa que concibió la prestación jubilatoria reclamada, aun descontados los 115 días alegados por el demandado como de suspensión de su contrato de trabajo, dado que la calidad de trabajador oficial la mantuvo hasta el 20 de noviembre de 1996, cuando el ente demandado cambió su composición accionaria y pasó a regirse por las disposiciones que regulan su actividad económica en el sector privado, es decir, en suma, fue trabajador oficial del 5 de febrero de 1973 al 20 de noviembre de 1996 y la dicha afiliación se vino a producir el 19 de junio de 1998, cuando ya había cumplido el requisito**

de tiempos de servicio oficial y apenas estaba pendiente del de la edad.

Por manera que la alegada afiliación del señor Contreras Cortés al fondo PORVENIR como administrador del régimen de pensiones de ahorro individual con solidaridad, además de resultar inocua frente a la satisfacción del tiempo de servicios exigido para acceder al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ende a la pensión oficial de la Ley 33 de 1985, tal cual lo precisó la jurisprudencia de la Corte Constitucional al hacer el control de constitucionalidad de las citadas preceptivas, por contar con más de 15 años a la vigencia de la nueva normativa, resultó inane a los efectos pretendidos por los decretos invocados por el demandado, pues para el momento de la alegada afiliación, ya estaba más que cumplido el tiempo de servicio oficial exigido para acceder a la pensión, quedando apenas pendiente al trabajador el arribo a la edad pensional.

Conforme al anterior precedente, la regla es la de que, en el caso de que el trabajador tenga más de 15 años de servicio o de cotizaciones a la vigencia de la nueva normativa de seguridad social, el traslado al sistema de ahorro individual con solidaridad es inocuo respecto de los beneficios del régimen de transición, pues, en definitiva, este no se pierde, y, en consecuencia, el afiliado tiene derecho a que le sea reconocido dicho régimen; pero, precisa esta vez la Sala que así será siempre y cuando se regrese al régimen de prima media con prestación definida, es decir que, en el caso como el del sublite, el reconocimiento del régimen de transición se encuentra sometido al cumplimiento de esta condición.

De lo anterior se sigue que, si al beneficiario del régimen de transición por haber cotizado o prestado el servicio más de 15 años que se ha trasladado al régimen de ahorro individual se le llegare a reconocer la pensión con el régimen de transición por cumplir los respectivos requisitos de edad y tiempo de servicio, en virtud de que el susodicho traslado se considera inane al respecto, en todo caso, por mandato legal de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en consonancia con la sentencia CC C-789 de 2002, el afiliado regresará al régimen de prima media con prestación definida, puesto que el régimen de transición es incompatible con el régimen de ahorro individual, conforme a lo dispuesto en el régimen de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993. Todo lo anterior, sin perjuicio del derecho que tiene el afiliado de optar entre los dos regímenes, pero eso sí, a sabiendas de que el régimen de transición es propio del régimen de prima media. En otras palabras, el afiliado no puede beneficiarse del régimen de transición y quedarse en el RAIS.[1]

En este mismo sentido se pronunció esta Corte en la sentencia CSJ del 14 de noviembre de 2012, No. 37794, a saber:

En razón del tema discutido, es pertinente indicar que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solo es aplicable a quienes, beneficiados por él, decidieron, a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, permanecer o ingresar en el sistema de prima media. Ello sin desconocer las decisiones de constitucionalidad que admitieron el regreso al régimen de transición de aquellos que se trasladaron o ingresaron al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad pese a ser beneficiarios de la transición.

En conjunción con la preceptiva citada, el Decreto Reglamentario 813 de 1994, en sus artículos 5 y 6, definió la forma en que operaba el régimen de transición para los servidores del sector privado y público, que resolvieran permanecer en el régimen de transición que traían o ingresarán a éste; los cuales son incompatibles con el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, habida consideración de que el Sistema General de Pensiones fue estructurado por el legislador para que

una persona fuera amparada por una sola pensión, lo que es lógico, pues, con fundamento en unos mismos servicios o aportes o la suma de éstos, no es factible la causación de dos pensiones, más teniendo en cuenta que la Ley 100 de 1993 permite la suma de los servicios y aportes, en los términos del literal f del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en el caso del sistema de prima media.

Ello es así toda vez que en el régimen de ahorro individual con solidaridad el afiliado tendrá derecho al reconocimiento de bonos pensionales, cuando haya efectuado aportes o cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, o a las cajas, fondos o entidades del sector público, o prestado servicios como servidor público, o trabajado en empresas que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores y trasladen la parte proporcional del cálculo actuarial correspondiente; y la pensión estará financiada con los recursos de las cuentas de ahorro pensional, con el valor de los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar, y con aportes de la nación en los casos en que se cumplan los requisitos correspondientes para la garantía de la pensión mínima.

Sobre el tema referido, esta Sala tuvo oportunidad de sentar su posición doctrinaria en sentencia de 28 de abril de 2009, radicada con el número 33.821, en la que se dijo lo siguiente:

"La pretensión del actor es disfrutar del derecho a la pensión de jubilación en los términos previstos por el régimen de transición para el sector oficial, esto es, a los 55 años y a cargo de la entidad demandada.

"Se equivoca el Tribunal al considerar que quien ha elegido como su régimen el de ahorro individual tiene derecho a reconocimientos que son propios del sistema de prima media, y a cargo de una entidad ajena al régimen de ahorro individual.

"El Sistema General de Pensiones permite que el afiliado elija entre los "dos regímenes solidarios excluyentes" como terminantemente preceptúa el artículo 123 de la Ley 100 de 1993, el régimen de prima media y el de ahorro individual, cada uno con sus características e instituciones propias, en particular las que deben hacer el reconocimiento de las pensiones de vejez y el contenido o modalidad de esta prestación.

"El afiliado además de tener la libertad para escoger entre regímenes puede transitar entre uno y otro, con algunas restricciones previstas inicialmente en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 y luego en el literal d) del artículo 2 de la ley 797 de 2003, como el tiempo mínimo de permanencia, o el no estar dentro de los diez últimos años previos a la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

"La determinación de las administradoras o entidades obligadas a reconocer las prestaciones, y el contenido de estas, es asunto propio de la Ley, la misma que se ocupa cuidadosamente de delimitar cuáles corresponde a las del régimen de prima media, y cuáles a de ahorro individual.

"El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 previó un régimen de transición para los afiliados al régimen de prima media que satisficieran condiciones de edad, o de tiempo de servicio, y para conservar en su beneficio los requisitos exigidos por las regulaciones pensionales precedentes, de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y la tasa de reemplazo o porcentaje sobre el ingreso base de liquidación.

"El decreto reglamentario 813 de 1994 definió los casos en cuales correspondía a una entidad

empleadora asumir la pensión mientras los cumplía los requisitos para tener el derecho a la pensión de vejez de la seguridad social a cargo de la administradora del régimen de prima media.

"El régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es ajeno al régimen de ahorro individual; por esa razón la equivocación del Tribunal es protuberante; conceder prestaciones propias del régimen de prima media a quien está en el de ahorro individual; el carácter excluyente de los mismos impide que las regulaciones de uno y otro se combinen.

"La argumentación del Tribunal yerra al resolver una controversia ajena al sub lite, de las consecuencias de un traslado con retorno al régimen de prima media, cuando lo que debía resolverse eran los derechos de quien no hizo ese regreso, y permaneció en el régimen de ahorro individual.

"El cargo por tanto ha de prosperar, y como consideraciones de instancia se ha de señalar que la entidad demandada en cabeza de la Nación expidió bono pensional (folio 168 – 169) por el tiempo servido a la entidad demandada, el mismo que se aduce como causa de la pensión de jubilación que aquí se reclama, documento que no fue apreciado por el Ad quem, y que resulta trascendente para determinar que la entidad demandada había satisfecho su obligación pensional con el actor, que el mismo iba destinado a la Administradora de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual, la cual asumiría, bajo las reglas propias de este, la protección de la vejez."

Por tanto, contrario a lo resuelto por el juez de alzada, se ha de concluir que el traslado al RAIS que fue practicado por el actor es jurídicamente irrelevante con relación al derecho de beneficio del régimen de transición, pues está visto que, por tener más de 15 años de servicio al 1º de abril de 1994, no lo perdió al tomar esta decisión. En ese orden, el actor, al tener más de 20 años de servicio como trabajador oficial y 55 años de edad, tiene derecho a la pensión regulada por la Ley 33 de 1985, con la condición de regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior, el cargo prospera.

Con relación al dislate de carácter fáctico endilgado al ad quem respecto a que él no dio por acreditado que el actor sí se había regresado al régimen de prima media con prestación definitiva, a lo cual se contrae la inconformidad planteada en el segundo cargo, encuentra la Sala que las pruebas señaladas por la censura como mal apreciadas no indican nada distinto a lo deducido por el ad quem de que no existía evidencia alguna de que «...el actor efectivamente hubiese retornado al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS, y que además haya cumplido los requisitos legales correspondientes...», como quiera que la sola afirmación del actor, contenida en su interrogatorio de parte, fl.200, de que estuvo afiliado a Porvenir, desde 1998 hasta mayo de 2008, no acredita dicho traslado.

Tanto es así que, el propio recurrente acompaña con la demanda de casación certificaciones que indican el estado de afiliación del actor al sistema, lo que pone en evidencia que el juez de alzada no tuvo oportunidad de conocerlas, puesto que solo fueron allegadas después de haberse proferido la decisión objeto del presente recurso extraordinario. En consecuencia, el cargo es infundado.

Dado el resultado del primer cargo, se casará la sentencia.

Sin costas, en el presente trámite.

Previamente a proferir la sentencia de instancia, se dicta un auto para mejor proveer, mediante el

cual, de oficio, la Sala dispone solicitar al ISS que certifique, en el término de 15 días, todo lo relacionado con la afiliación del actor a esa entidad y la relación de todas las cotizaciones realizadas y cualquier otro pago realizado a nombre del actor; en especial, deberá precisar cuál es el estado actual de su afiliación.

Igualmente, se debe oficiar a la demandada para que allegue, en el término de 15 días hábiles, certificación de los salarios devengados por el actor durante toda su vida laboral en el banco, mes a mes, individualizando los factores salariales que lo componen.

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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 9 de abril de 2010, en el proceso que instauró GUSTAVO GAVILÁN CANTOR contra el BANCO POPULAR S.A.

Previamente a proferir la sentencia de instancia, mediante auto para mejor proveer, a) de oficio, la Sala dispone solicitar al ISS que, en el término de 15 días, certifique todo lo pertinente con la afiliación del actor a esa entidad y la relación de todas las cotizaciones y cualquier otro pago realizado a nombre del actor; en especial, deberá precisar cuál es el estado actual de su afiliación; y b) que la demandada, en el término máximo de 15 días hábiles, allegue certificación de los salarios devengados por el actor durante toda su vida laboral en el banco, mes a mes, individualizando los factores salariales que lo componen.

Cumplido lo anterior, el expediente regresará para disponer lo pertinente.

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

[1] «Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona». CC C-789 de 2000 precitada.



ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

