

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

SALA DE CASACIÓN LABORAL

DR. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

Magistrado Ponente

Radicación N° 24584

Acta N° 06

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil seis (2006).

Decide la Corte el recurso de casación que interpusieron ambas partes contra la sentencia proferida por Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el 27 de mayo de 2004, en el proceso ordinario adelantado por GUSTAVO PUERTAS VARGAS contra el BANCO POPULAR S.A.

I. ANTECEDENTES

Con la demanda inicial, para los fines que interesan al recurso, solicita el actor se condene al Banco demandado a reconocerle y pagarle una pensión de jubilación, indexando el salario base de liquidación, entre el día de su retiro y aquel en que cumplió 55 años de edad; los incrementos legales y los intereses moratorios.

Como fundamento de sus pedimentos argumentó que laboró al servicio de la entidad accionada como trabajador oficial, entre el 17 de noviembre de 1961 y el 14 de agosto de 1990, es decir 28 años, 8 meses y 28 días, y cumplió 55 años de edad el 28 de diciembre de 2000, por lo que tiene reunidos los requisitos para acceder a una pensión de jubilación a cargo de ésta, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, en armonía con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que el salario base de la misma debe ser indexado entre el día de su retiro de la demandada y el 28 de diciembre de 2000 día en que cumplió 55 años de edad; y que en su oportunidad entregó al Banco Popular toda la documentación necesaria para que le diera trámite al reconocimiento y pago de la pensión, pero éste obrando de mala fe se la negó.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

La accionada al dar respuesta a la demanda, se opuso a la prosperidad de sus pretensiones; aceptó como hechos ciertos, la relación laboral y los extremos temporales; de los demás dijo que no eran ciertos o no le constaban; agregó además, que por la naturaleza jurídica de la entidad empleadora y por mandato de la ley sus trabajadores están asimilados a trabajadores particulares; y que el banco no es deudor ni responsable del pago de la pensión, sino la entidad de seguridad social a la cual estaba afiliado el trabajador. Propuso como excepciones las de carencia de acción o derecho para demandar, petición de lo no debido, inexistencia de la obligación, pago, prescripción y compensación.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Conoció de la primera instancia el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira, quien en sentencia del 22 de enero de 2003, condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar al actor una pensión de jubilación, a partir del 28 de diciembre de 2000, en cuantía de \$1'295.672,34, con los incrementos legales posteriores a la fecha antes señalada, igualmente a las mesadas pensionales causadas, y a las costas del proceso; sin perjuicio de que cuando el Instituto de Seguros Sociales asuma el pago de la pensión de vejez, quede a cargo de la accionada solo el mayor valor si lo hubiere; y la absolvió de las demás pretensiones.

IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Apelaron las partes y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en sentencia del 27 de mayo de 2004, modificó la de primera instancia en cuanto al monto de la pensión, para fijarla en la suma de \$454.402,86, en lo demás la confirmó.

Para esa decisión, apoyado en sentencias de esta Sala del 10 de noviembre de 1998, radicación 10876; 5 de octubre de 2001, radicación 16339; 28 de enero de 2003, radicación 19426; 19 de septiembre de 2000, radicación 13433; y 6 de julio de 2000, radicación 13336; consideró que a la pensión pretendida por el actor se aplicaba la normatividad contenida en la Ley 33 de 1985 y no la de Ley 100 de 1993, pues éste cumplió el tiempo de servicio para acceder a ella, siendo trabajador oficial, sin que tuviese incidencia el que la demandada posteriormente hubiese cambiado su naturaleza jurídica de pública a privada.

Sobre la manera de liquidar tal prestación, no compartió el criterio del a quo, y estimó que debe hacerse conforme a lo ordenado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por haberse causado en vigencia de tal disposición, es decir el promedio de lo devengado en el tiempo que le faltaba para adquirir el derecho; siguiendo los parámetros fijados por esta Corporación en sentencia del 16 de febrero de 2001, radicación 13092, de la cual transcribió la parte pertinente. Agregó que el Decreto 1748 de 1995, tiene aplicación para actualizar el bono pensional, mas no la mesada, y se apoyó para efectos de indexar la primera mesada pensional y modificar la cuantía de la reconocida en primera instancia, en la fórmula que contiene la sentencia de esta Sala proferida el 16 de septiembre de 2003, radicación 19442.

De los intereses moratorios expresó que no eran procedentes, pues éstos están restringidos para las pensiones que contempla la Ley 100 de 1993, que no es el caso de la concedida.

Sobre tales aspectos precisó:

“Figura en el plenario que el establecimiento de crédito bancario demandado, BANCO POPULAR S.A., antes del 21 de noviembre de 1996 estaba catalogado como una sociedad de economía mixta, asimilada a Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; a partir de la fecha aludida, y al vender la Nación sus acciones mediante martillo, pasó a ser una sociedad comercial anónima, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, lo anterior se desprende del certificado expedido por la Superintendencia Bancaria y la certificación expedida por la misma demandada, los que reposan a folios 12 y 150, respectivamente.

Igualmente, el demandante, GUSTAVO PUERTAS VARGAS, prestó sus servicios al demandado, desde el 17 de noviembre de 1961 hasta el 14 de agosto de 1990, lo anterior está demostrado en juicio no solo con la ratificación que hiciera la traída a juicio al hecho primero de

la demanda, sino también de la prueba documental arrimada, entre otras; el contrato de trabajo (fs. 43 y 151), Y la liquidación definitiva de prestaciones sociales (fs.11 y 154).

Se desprende de lo anterior que, durante el período que prestó los servicios el actor a la entidad bancaria demandada, tuvo la calidad de trabajador oficial al haber estado vinculado a una sociedad de economía mixta del orden nacional asimilado a una Empresa Industrial y Comercial del Estado, conforme lo enseña el Decreto 1050 de 1968.

Solicita el actor en su demanda el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por reunir las exigencias que para tal efecto consagra la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º, dispone que tienen derecho a esa prestación especial; los empleados oficiales que hayan laborado veinte (20) años continuos o discontinuos y lleguen a la edad de cincuenta y cinco (55) años, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

La edad de los cincuenta y cinco (55) años que exige el artículo 1º de la Ley 33, dice el actor que los cumplió el 28 de diciembre de 2000, pues su nacimiento aconteció el 28 de diciembre de 1945 como así lo enuncia el registro civil de nacimiento obrante a folios 8 y 9 del expediente, significando lo anterior, que cuando el actor cumplió sus cincuenta y cinco (55) años, el banco demandado ya estaba privatizado, por lo que entonces, se debe mirar para la pretensión solicitada qué régimen es el aplicable para el reclamante, si la Ley 33 de 1985 o la Ley 100 de 1993; pregunta ya solucionado por la H. Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, en varias de sus sentencias seguidas contra el aquí demandado, donde la pretensión de la pensión es idéntica a la pretendida por el demandante, GUSTAVO PUERTAS VARGAS; al decir; que es la que gobernaba al momento de la desvinculación laboral, Ley 33 de 1985, porque el cambio de naturaleza jurídica de la entidad oficial no impide la modificación de derechos contenidos en normas que lo amparaban durante su vinculación como servidor oficial,.....”

Seguidamente transcribió apartes de las sentencias proferidas por esta Sala del 6 de julio de 2000; 5 de octubre de 2001; 28 de enero de 2003, y 19 de septiembre de 2000; radicación 13336, 13339, 19426 y 13433, respectivamente, y continuó diciendo:

“Al tener la condición de trabajador oficial el actor y serle aplicable las normas que para efecto regían al momento de su desvinculación, siéndolo la Ley 33 de 1985, su artículo primero enunció como requisitos para obtener tal prestación social, la edad de 20 años de servicios continuos o discontinuos y una edad de 55 años, exigencia reunida por el actor, pues laboró al servicio de la demandada por espacio mayor a los 28 años y cumplió la edad de los cincuenta y cinco (55) años, el 28 de diciembre de 2000, teniendo entonces derecho al reconocimiento de la pensión solicitada.

(.....)

Al proceder el derecho solicitado conforme a lo reglado en la Ley 33 de 1985, se niega con ello lo pretendido por la demandada en el sentido que se desconozca la pretensión porque ello le atañe es al Instituto de Seguros Sociales, y si bien es cierto que el trabajador estuvo afiliado a los riesgos de invalidez, vejez y muerte durante la vigencia del contrato de trabajo, como así lo muestra la historia laboral del trabajador y expedida por esa casa de la seguridad social (fs. 374 y 375), ello no significa que el Instituto se halla subrogado la obligación de solucionar la prestación solicitada,.....”

(.....)

Es de anotar, que la Ley 100 de 1993 consagró en su artículo 36 un régimen de transición general, aplicable a todas las personas que a la fecha de expedición de la citada Ley estuvieran en cualquiera de las dos hipótesis que enseña la norma, como es el de tener 35 años si es mujer o 40 el hombre o 15 años de servicios, exigencia satisfecha por el aquí demandante para la fecha de expedición de la citada Ley (23 de diciembre de 1993); norma que se halla corroborada por los decretos reglamentarios 1160 de 1994 y 2143 de 1995, pues conservaron las prerrogativas que existían para el beneficiario del derecho a la pensión en el régimen anterior.

Se queja igualmente la parte demandada de la indexación de la mesada pensional ordenada en la sentencia apelada, advirtiendo que ello se debe cumplir conforme al procedimiento efectuado por la H. Corte Suprema de Justicia en providencias proferidas en contra del Banco Popular S.A. y no como la cuantificó el juzgado.

La Ley 33 de 1985 dispone que la cuantía de la pensión de jubilación es el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, pero para efectos de obtener el ingreso base de liquidación y liquidar la referida pensión, no se puede sujetar a lo dispuesto en la ley citada, pues al haberse causado la prestación en vigencia de la Ley 100 de 1993, ella se debe cumplir conforme a lo ordenado en el inciso 3° del artículo 36, que actualiza la pensión,.....acogiendo la Sala los parámetros que para su liquidación enseña la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, en sentencia del 16 de febrero de 2001, en proceso con radicación número 13.092.

(.....)

La Sala no comparte la actualización de la mesada pensional que contiene la sentencia apelada, pues el artículo 36 de la ley 100 de 1993, enseña la fórmula para la actualización, no siendo necesario remitirse a otras disposiciones; pues literalmente señala que es el promedio de lo devengado en el tiempo que falta para adquirir el derecho; obsérvese que se está frente de un promedio que solo puede obtenerse, como lo dice la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, con la constante "...del tiempo durante el cual se va a actualizar el salario...", y no se habla de actualización del salario, de ahí la errada interpretación de la actualización de la mesada pensional que hacen tanto el Tribunal Superior de Bogotá y el juzgado de conocimiento; además, el decreto 1748 de 1995, tiene aplicación para actualizar el bono pensional y no la mesada.

(.....)

Entonces, como se dijo, siguiendo la fórmula presentada por la H. Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, la pensión de (sic) actualizará a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo (14 de agosto de 1990), hasta la fecha en que cumplió la edad de los 55 años (28 diciembre de 2000; fs. 8 y 9); para tal efecto se acoge como salario devengado por el actor, la suma que figura en la liquidación final del contrato de trabajo (\$219.600,33; fs. 11 y 154); y como índice de precios al consumidor la certificación expedida por el DANE (fs. 384 a 388), obteniéndose lo siguiente:

FORMULA SBC x IPC de 1990 a 2000 por número de días a indexar en 1990 dividido tiempo total entre la fecha de desvinculación y el cumplimiento de la edad.

$\$219.600,33 \times (12,22) \times (26,82) \times (25,13) \times (22,60) \times (22,59) \times (19,46) \times (21,63) \times (17,68) \times (16,70) \times (9,23) \times (8,75) \times 136/3.734 = \$ 50.742,33.$

AÑO DE 1991

$\$219.600,33 \times (26.82) \times (25.13) \times (22.60) \times (22.59) \times (19.46) \times (21.63) \times (17.68) \times (16.70) \times (9.23) \times (8.75) \times 360/3.734 = \$ 119.691,63.$

AÑO 1992

$\$219.600,33 \times (25.13) \times (22.60) \times (22.59) \times (19.46) \times (21.63) \times (17.68) \times (16.70) \times (9.23) \times (8.75) \times 360/3.734 = \$ 94.379,15.$

AÑO 1993

$\$219.600,33 \times (22.60) \times (22.59) \times (19.46) \times (21.63) \times (17.68) \times (16.70) \times (9.23) \times (8.75) \times 360/3.734 = \$ 75.424,87.$

AÑO 1994

$\$219.600,33 \times (22.59) \times (19.46) \times (21.63) \times (17.68) \times (16.70) \times (9.23) \times (8.75) \times 360/3.734 = \$ 61.521,10.$

AÑO 1995

$\$219.600,33 \times (19.46) \times (21.63) \times (17.68) \times (16.70) \times (9.23) \times (8.75) \times 360/3.734 = \$ 50.167,38.$

AÑO 1996

$\$219.600,33 \times (21.63) \times (17.68) \times (16.70) \times (9.23) \times (8.75) \times 360/3.734 = \$42.009,41.$

AÑO 1997

$\$219.600,33 \times (17.68) \times (16.70) \times (9.23) \times (8.75) \times 360/3.734 = \$ 34.538,69$

AÑO 1998

$\$219.600,33 \times (16.70) \times (9.23) \times (8.75) \times 360/3.734 = \$ 29.349,67.$

AÑO 1999

$\$219.600,33 \times (9.23) \times (8.75) \times 360/3.734 = \$ 25.149,67.$

AÑO 2000

$\$219.600,33 \times (8.75) \times 358/3.734 = \$ 22.896,59.$

Totalizando los anteriores resultados, resulta un ingreso base de liquidación de la pensión, debidamente indexado año por año, de \$605.870,49, multiplicado por el 75%, arroja una pensión de \$454.402,86, a partir del 29 de diciembre de 2000; en consecuencia, la cuantía de la mesada fijada en la sentencia apelada (punto primero) se modificará, para en su lugar imponer como pensión la suma antes indicada.

La parte actora se queja de la decisión de primer grado por la no condena de los intereses que consagra el artículo 141 de la Ley 100 de 1993,...

La inconformidad del actor no tiene resultado positivo, por cuanto el mismo articulado enseña en forma clara a quienes se les debe imponer el pago de los intereses moratorios, y no son otros que las entidades que tienen a su cargo el pago de aquellas pensiones de invalidez, vejez y muerte regladas en la Ley 100 de 1993.....más no a otras, como la del caso que nos ocupa, que es una pensión distinta de la Ley antes mencionada, pues es la contemplada en la Ley 33 de 1985.”

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpusieron las partes con apoyo en la causal primera de casación laboral contemplada en los artículos 60 del Decreto 528 de 1964 y 7° de la Ley 16 de 1969, y por razones de método se entrará a resolver primero el de la accionada y luego el del demandante.

VI. RECURSO DE LA DEMANDADA

Pretende la accionada, según lo dijo en el alcance de la impugnación, que se CASE el numeral primero de la sentencia impugnada y en sede de instancia la Corte proceda a revocar los numerales primero y cuarto del fallo del a-quo, y en su lugar la absuelva de todas las pretensiones de la demanda.

En subsidio y en el evento de considerarse que es procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación, pretende que se CASE el numeral primero de la sentencia recurrida, y en sede de instancia, la Sala modifique dicho numeral de la del a quo, y en su lugar disponga que la pensión deberá ser liquidada con el 75% del salario promedio devengado por el demandante en el último año de servicios.

Con ese fin formuló dos cargos que fueron replicados.

VII. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia de **interpretar erróneamente** “los artículos 1° y 13 de la Ley 33 de 1.985; 5° y 27 del Decreto Ley 3135 de 1.968; 75 del Decreto Reglamentario 1848 de 1.969, 11, 36, 133, 151 y 289 de la Ley 100 de 1993 y 1°, 12 y 26 de la Ley 226 de 1995, en relación con los artículos 3° y 76 de la Ley 90 de 1946, 2° del Decreto Ley 433 de 1971 y el Decreto 1650 de 1977, 3° y 4° del Código Sustantivo del Trabajo y los Acuerdos 224 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 de 1966 y 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 y en relación, también, con el artículo 17 de la Ley 153 de 1887.”

En su demostración hace los siguientes planteamientos:

“Como el sentenciador para resolver esta controversia se fundamenta exclusivamente en las sentencias de esa Corporación de 10 de noviembre de 1998 (Radicación No. 10.876), 5 de octubre de 2001 (Radicación No. 16.339), 28 de enero de 2003 (Radicación No. 19.426), 19 de septiembre de 2000 (Radicación No. 13.433), 6 de julio de 2000 (Radicación No. 13.336), 29 de julio de 1998 (Radicación No. 10.803), 16 de febrero de 2001 (Radicación No. 13.092) y 22 de octubre de 2003 (Radicación No. 20.399), es por lo que se plantea el cargo por interpretación errónea de las disposiciones legales en él denunciadas.

La naturaleza jurídica que ostenta el empleador es la condición que determina el régimen legal a aplicar a sus servidores, en consecuencia, al ser el banco una entidad privada al momento de cumplir los requisitos de pensión el demandante, el régimen legal aplicable es el privado y no el régimen legal de empleados oficiales, normatividad en la que los supuestos fácticos para efectos

de pensión no son iguales a los previstos para el sector público.

Debe recalcar que la Entidad a todo lo largo del proceso expuso como sustento de su posición jurídica, entre otros argumentos, que no está obligado a reconocer pensión de jubilación al señor Gustavo Puertas Vargas, por no reunir los requisitos exigidos por las disposiciones legales vigentes al momento de la privatización de la entidad, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del Banco Popular, no corresponderle el reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de jubilación, en razón de no adeudarle al actor suma alguna que permita ser indexada y haber cotizado al Instituto de Seguros Sociales para las contingencias de invalidez, vejez y sobrevivientes durante la vinculación del señor Gustavo Puertas Vargas a dicha entidad.

Por otra parte, debe considerarse que el Banco Popular fue privatizado a partir del 20 de noviembre de 1996, es decir antes de reunir el extrabajador la totalidad de los requisitos para el reconocimiento de la pensión, pues sólo vino a cumplir el trabajador la edad de 55 años el 28 de diciembre de 2000, según se afirma en la demanda.

Lo anterior significa que el demandante no había reunido los requisitos exigidos por las disposiciones legales vigentes para el reconocimiento de la prestación reclamada y como tenía una mera expectativa pensional y no un derecho adquirido para el momento de la privatización del Banco Popular y que tal privatización trajo como consecuencia necesaria, de acuerdo con las previsiones de la Ley 226 de 1.995, el cambio de régimen legal aplicable para el reconocimiento de las pensiones de aquellas personas que no llenaban los requisitos señalados en las disposiciones que regulan el derecho pensional en las entidades públicas.

Al disponer la mencionada Ley 226 la pérdida de privilegios y la terminación de las obligaciones que le correspondían por su condición de entidad pública (entre las cuales están obviamente las pensionales), y no establecer ninguna excepción, no se encuentra un fundamento legal que determine que el Banco Popular deba asumir las pensiones de jubilación, previstas para el sector público, siendo una empresa privada. Lo anterior porque, se repite, el legislador dispuso que con la extinción de la naturaleza jurídica cesarían todas las obligaciones que estaban a su cargo por ostentar una naturaleza oficial.

Si al señor Gustavo Puertas Vargas no se le consolidó el derecho por edad mientras el banco fue de carácter oficial, deben aplicar las condiciones propias del nuevo régimen legal, vale decir del correspondiente al de los trabajadores particulares. Porque si su derecho a la pensión no se consolidó mientras el BANCO POPULAR era de naturaleza pública, apenas gozaban de una “mera expectativa” de jubilarse en las condiciones preferenciales de los empleados públicos. Conforme al artículo 17 de la Ley 153 de 1887 “las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley que las anule o las cercene”.

De otra parte, también debe anotarse que esa H. Corporación ha señalado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, previó el cumplimiento de los requisitos allí estipulados, remite al régimen anterior al cual se encuentren afiliados los trabajadores, incluyendo a los que tenían la calidad de empleados oficiales: Por ello debe entenderse que el régimen anterior sea el propio de los trabajadores particulares, por haber sido éstos asegurados por el Instituto de Seguros Sociales, y por tanto, esta última entidad si tiene la capacidad de asumir totalmente al Banco en el cubrimiento de la pensión que ahora se demanda.

El Tribunal ignoró en su decisión que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, el seguro de vejez reemplazó a la pensión de jubilación que ha venido figurando

en la reglamentación anterior, y según esta norma “...las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior, están obligadas en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, **hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales**”.

Tampoco tuvo en cuenta el sentenciador de segunda instancia que el artículo 2° del Decreto Ley 433 de 1971, por el cual se reorganizó el ISS, dispuso que estarían sujetos al seguro social obligatorio, entre otros, “... todos los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, de carácter nacional, departamental o municipal, que para los efectos del seguro social obligatorio estarán asimilados a **trabajadores particulares**”.

Esta asimilación de trabajadores oficiales a particulares, ya había sido establecida anteriormente en el artículo 3° de la Ley 90 de 1946, circunstancia que tampoco tiene en cuenta el Tribunal, donde se señaló que “Para los efectos de la presente ley, estarán asimilados a trabajadores particulares los empleados y obreros que presten sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de las cuales sean accionistas o copartícipes”.

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 Gustavo Puertas Vargas, no le corresponda aplicarle la Ley 33 de 1985, sino lo estipulado en la Ley 90 de 1946, el Acuerdo 224 de 1966, el Decreto Ley 433 de 1971, el Decreto 1650 de 1977 y el Acuerdo 049 de 1990 expedido por el Instituto de Seguros Sociales y aprobado mediante el Decreto 758 de 1990, conclusión a la que ha debido llegar el sentenciador de haber aplicado lo dispuesto en la Ley 90 de 1946 y en el Decreto 1650 de 1977.

En el Decreto 3041 de 1966, que aprobó el Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, quedaron sujetos al seguro social obligatorio contra el riesgo de vejez, los trabajadores que mediante contrato de trabajo presten servicios a entidades de derecho público en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de las cuales sean accionistas o copartícipes” (Art. 1° literal c). Y según el artículo 1° del Acuerdo 049 de 1990 arriba mencionado, entre los afiliados en forma facultativa están comprendidos “los servidores de entidades oficiales de orden estatal que al 17 de Julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS” (que es precisamente la situación que al entrar en vigencia el Acuerdo 049 de 1990 se presentaba entre el señor Gustavo Puertas Vargas, quien ostentaba la calidad de trabajador oficial y el Banco Popular, sociedad de economía mixta, asimilada a las empresas industriales y comerciales del Estado).

En consecuencia, según lo establecido en dichos reglamentos del ISS (como quiera que fue afiliado al Instituto de Seguros Sociales y fueron pagadas las cotizaciones correspondientes a los riesgos de IVM para los efectos del seguro social obligatorio, hecho éste que no fue discutido en el cargo), se tiene que independientemente de la calidad de trabajador oficial que ostentó el

demandante mientras estuvo al servicio del Banco Popular, resultó asimilado a un trabajador particular, y 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 60 años de edad y haya acreditado un mínimo de 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo. De otra parte conforme con lo previsto en el artículo 12 de este mismo Acuerdo, el derecho a percibir la pensión de vejez que indiscutiblemente le asiste al señor Gustavo Puertas Vargas, iniciará desde la fecha en que el demandante reúna los requisitos señalados en la normatividad del ISS.

No obstante esta circunstancia el sentenciador, apoyándose en las jurisprudencias de esa Corporación de 10 de noviembre de 1998 (Radicación No. 10.876), 5 de octubre de 2001 (Radicación No. 16.339), 28 de enero de 2003 (Radicación No. 19.426), 19 de septiembre de 2000 (Radicación No. 13.433), 6 de julio de 2000 (Radicación No. 13.336), 29 de julio de 1998 (Radicación No. 10.803), 16 de febrero de 2001 (Radicación N° 13.092) y 22 de octubre de 2003 (Radicación No. 20.399), le da un entendimiento equivocado a los acuerdos del Instituto de Seguros Sociales y al artículo 2° de la Ley 33 de 1985.

Si al señor Gustavo Puertas Vargas, no se le consolidó el derecho por edad mientras el Banco fue de carácter oficial, deben aplicársele las condiciones propias del nuevo régimen legal, vale decir del correspondiente a los trabajadores particulares. Lo anterior porque si su derecho a la pensión no se consolidó mientras el BANCO POPULAR era de naturaleza pública, apenas gozaba de una “mera expectativa” de jubilarse en las condiciones preferenciales de los empleados públicos.

Debe recalarse que conforme al artículo 17 de la Ley 153 de 1887 “las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley que las anule o las cercene”.

No cabe duda que para aquellas personas que, habiéndose desvinculado del Banco Popular con anterioridad a su privatización, no habían consolidado en su patrimonio jurídico la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, apenas tenían la expectativa de la pensión oficial, en los términos que la misma Corte Constitucional ha precisado.

(.....)

Entonces, al acoger el Tribunal las argumentaciones consignadas en las sentencias de esa Corporación de 10 de noviembre de 1998 (Radicación No. 10.876), 5 de octubre de 2001 (Radicación No. 16.339), 28 de enero de 2003 (Radicación No. 19.426), 19 de septiembre de 2000 (Radicación No. 13.433), 6 de julio de 2000 (Radicación No. 13.336), 29 de julio de 1998 (Radicación No. 10.803), 16 de febrero de 2001 (Radicación No. 13.092) y 22 de octubre de 2003 (Radicación No. 20.399), como único fundamento jurídico de la decisión, sin reparar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto Ley 433 de 1971, los trabajadores de las sociedades de economía mixta, como en esa época eran los vinculados al Banco Popular, para efectos del seguro social obligatorio estaban asimilados a los trabajadores particulares, le da un entendimiento equivocado a los artículos 1° Y 13 de la Ley 33 de 1.985; 5° Y 27 del Decreto Ley 3135 de 1.968; 75 del Decreto Reglamentario 1848 de 1.969, 11, 36, 133, 151 Y 289 de la Ley 100 de 1993 y 1°, 12 Y 26 de la Ley 226 de 1995, pues no le correspondía al Banco Popular el reconocimiento de la pensión de jubilación al señor Gustavo Puertas Vargas, por lo que debe casarse la sentencia acusada y proceder, en sede de instancia, en la forma señalada en el alcance de la impugnación de la demanda, es decir absolviendo al Banco Popular de todas las pretensiones de la demanda, revocando lo dispuesto por el a-quo sobre el particular.”

VII. REPLICA

Por su parte la oposición manifiesta que en ninguno de los yerros jurídicos endilgados incurrió el Tribunal, pues lo único que hizo fue conceder la pensión de jubilación consagrada en la Ley 33 de 1985, y en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, que era la normatividad aplicable, toda vez que el actor era beneficiario del régimen de transición consagrado tanto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como en el parágrafo 2° del artículo 1° de la citada Ley 33 que otorga el privilegio de pensionarse a los 55 años de edad, con 20 de servicios.

Expresó además, que el hecho de que el banco estuviera sujeto al régimen privado cuando el actor cumplió los 55 años de edad, no quiere decir que aquel esté sometido a éste, por cuanto un beneficio pensional no podía ser modificado por la Ley 226 de 1995, que para nada se refiere a los derechos pensionales de los trabajadores oficiales, por último trajo a colación, diferentes decisiones de esta Corporación relacionadas con el tema.

VIII. SE CONSIDERA

Como bien se colige, el cargo se orienta a que se determine jurídicamente: a) Que la entidad demandada, por razón de su privatización, no está obligada a asumir el pago de la pensión de jubilación que implora el actor con base en el régimen de transición, habida cuenta que en sentir del recurrente, al no haberse consolidado el derecho mientras el Banco era de naturaleza pública, el trabajador apenas gozaba de una mera expectativa para acceder a una pensión oficial; y b) Que el demandante por haber estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales y cotizado para los riesgos de IVM, durante la vigencia de la relación laboral, su situación pensional cambió y por ende se le debe aplicar las normas propias del trabajador particular, esto es, lo reglado por la Ley 90 de 1946, el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de igual año, los Decretos 433 de 1971 y 1650 de 1977 y el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que es la legislación que le da derecho a percibir la pensión de vejez, una vez reúna los requisitos allí señalados.

Teniendo en cuenta lo anterior, es de advertir, que la calidad de trabajador oficial no desaparece por motivo del cambio de naturaleza jurídica de la entidad, pues como lo ha reiterado esta Sala en numerosas ocasiones, esa mutación no tiene el mérito de afectar el escenario jurídico, respecto de la pensión de un trabajador que completó el tiempo de servicios que le asigna la Ley antes de la privatización del ente empleador. Sobre el tema, fijó su posición en sentencia del 10 de noviembre de 1998, radicado 10876, y en esa oportunidad puntualizó:

“De modo, pues, que si el demandante durante su prestación de servicios tuvo la condición de trabajador oficial, no es posible desconocerle ese carácter so pretexto que para la fecha en que cumplió 55 años, enero 6 de 1993, el banco demandado estaba sometido al derecho privado y, que por ende, es un trabajador particular, lo que es inadmisibile ya que sería más que ilógico que si en el lapso que estuvo vinculado nunca tuvo tal condición, la adquiriera casi 7 años después de que dejó de laborar”.

A más de lo anterior, es de acotar que tal como lo determinó el juzgador de alzada, la situación pensional del demandante está gobernada por la Ley 33 de 1985, por cuanto prestó sus servicios en su condición de trabajador oficial por más de 20 años, aunque en el transcurso de la relación se le haya afiliado al Instituto de Seguros Sociales.

La circunstancia de que las partes hubieran cotizando al ISS para el riesgo de IVM o pensión, de manera alguna releva en un todo al empleador oficial de su obligación frente al régimen

jubilatorio previsto en las normas que anteceden a la expedición de la Ley 100 de 1993, es por ello, que el Banco demandado, siendo el último empleador oficial debe reconocer y pagar al accionante la pensión implorada, tal como lo dispone el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, y reunidos luego los requisitos para la pensión de vejez, estará a su cargo sólo el mayor valor si lo hubiere entre ambas pensiones.

Por consiguiente, resulta equivocada la argumentación del recurrente, en el sentido de que al actor, pese a poseer la calidad de trabajador oficial, se le debe dar el tratamiento para efectos pensionales de un trabajador particular, por motivo de la afiliación de que fue objeto ante el Instituto de Seguros Sociales, con la única posibilidad de adquirir en un futuro la pensión consagrada en la reglamentación del Instituto de Seguros Sociales cuando llegue a los 60 años de edad, y con mayor razón si se tiene en cuenta que los empleados oficiales se encontraban regulados por disposiciones propias, que no fueron subrogadas por los Acuerdos de dicho Instituto.

Con relación a quién debe ser obligado en estos eventos a reconocer al trabajador oficial su derecho pensional, en sentencia que se reitera, del 29 de julio de 1998, radicada con el número 10803, esta Corporación puntualizó lo siguiente:

“En consecuencia, es equivocada la hermenéutica y conclusión del ad quem, pues en casos de trabajadores oficiales amparados por la Ley 33 de 1985, afiliados al I.S.S., pero no a una caja o entidad de previsión social, la pensión legal de jubilación contemplada en el artículo 1° de esta Ley, debe ser reconocida y pagada en principio por la última entidad empleadora, como lo dispone el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969; pero como tanto el trabajador como el Estado efectuaron los aportes respectivos al I.S.S., para el seguro de invalidez, vejez y muerte, una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones estatuidos en los reglamentos del Instituto, debe este organismo otorgar la correspondiente pensión de vejez, y desde ese momento en adelante estará a cargo del empleador oficial sólo el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de jubilación primigenia, con sus reajustes, y el monto de la prestación pagada por el seguro social...”.

Así mismo al estudiar la Corte un caso contra la misma entidad bancaria, con características similares al que ocupa la atención de la Sala, en sentencia del 25 de junio de 2003, radicado 20114, reiterada en decisiones del 17 y 26 de marzo y 27 de julio de 2004, radicados 22681, 22789 y 22226, respectivamente, en relación con los temas que ahora pone a consideración la censura, se sostuvo:

“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 1° 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 2° 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 a la 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”. (Resalta la Sala).

Siguiendo las directrices anteriores que encajan perfectamente en el sub litem, se concluye que el Tribunal aplicó correctamente las disposiciones que se denuncian en el ataque.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

IX. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia 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 27 del Decreto 3135 de 1.968 y

68 y 75 del Decreto 1848 de 1969”

En la sustentación del mismo, se manifiesta:

“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 Gustavo Puertas Vargas, encontrará que no es procedente la actualización de la mesada pensional a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo (14 de agosto de 1990) hasta la fecha en que cumplió la edad de 55 años (28 de diciembre de 2000), teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, como lo dispuso el Tribunal apoyándose exclusivamente en los pronunciamientos jurisprudenciales plasmados en las sentencias de esa H. Corporación de fechas 16 de febrero de 2001 (Radicación No. 13.092) y 16 de Septiembre de 2003 (Radicación No. 19.442).

Lo anterior porque en el proceso se encuentra establecido que el señor Gustavo Puertas Vargas se desvinculó el 14 de agosto de 1990, es decir se retiró del Banco Popular con anterioridad al 10 de abril de 1994, cuando comenzó a regir la Ley 100 de 1993. Esto quiere decir que la pensión reclamada por el señor Puertas Vargas no es de aquellas previstas en la Ley 100 de 1993 y pertenecientes al Sistema General de Pensiones.”

Seguidamente y en relación con la improcedencia de la actualización del salario base de liquidación para este tipo de pensiones, transcribió dos salvamentos de voto correspondientes al proceso con radicación 21460, de esta Sala, y prosiguió:

“Entonces, si la pensión reclamada por el señor Gustavo Puertas Vargas, no es de las contempladas expresamente en la Ley 100 de 1993, no podía proferirse condena a la actualización de la mesada pensional a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo (14 de agosto de 1990) hasta la fecha en que cumplió la edad de 55 años (28 de diciembre de 2000), teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, como lo dispuso el Tribunal apoyándose exclusivamente en los pronunciamientos jurisprudenciales plasmados en las sentencias de esa H. Corporación de fechas 16 de febrero de 2001 (Radicación No. 13.092) y 16 de septiembre de 2003 (Radicación No. 19.442), por lo que resultan erróneamente interpretadas las disposiciones legales relacionadas en el cargo, debiendo casarse la sentencia de segunda instancia en la forma como se expresa en el alcance subsidiario de la impugnación.”

X. LA REPLICA

La parte demandante se opone a la pretensión de la accionada, manifestando que la base salarial para tasar la mesada pensional en el régimen de transición, es la señalada en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y se remite al criterio esbozado al respecto por esta Corporación en sentencias del 8 agosto de 2003, radicación 20044 y del 30 de junio de 2005 radicación 22420.

XI. SE CONSIDERA

No es motivo de controversia, el que demandante reunió la totalidad de los requisitos exigidos legalmente para adquirir la titularidad del derecho pensional, el 28 de diciembre de 2000, cuando cumplió la edad de los 55 años, esto es, bajo el imperio de la Ley 100 de 1993, quedando por tanto cobijado por el fenómeno jurídico de la transición consagrado en su artículo 36, en el que se respetaron tres aspectos: a) la edad para acceder a la prestación, b) el tiempo de servicio o el

número de semanas cotizadas y c) el monto porcentual de la pensión, para el caso, conforme a los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968, 73 del D.R. 1848 de 1969 y 1° de la Ley 33 de 1985, en un 75%.

Esta Corporación en otros procesos análogos seguidos contra el mismo banco demandado, en donde se analizaron iguales tópicos que los que ahora plantea la censura, ha definido que por tratarse de una pensión de origen legal, donde el tiempo de servicios estaba satisfecho al momento de la desvinculación o retiro del servicio y se llegó a la edad requerida en vigencia del artículo 36 de Ley 100 de 1993, es conforme a ese ordenamiento jurídico que se debe definir el reajuste del valor inicial de la pensión a reconocer.

Sobre el particular, esta Sala ha mantenido su criterio mayoritario, y en el fallo de instancia proferido en el expediente radicado bajo el número 13336, que data del 30 de noviembre de 2000, precisó:

“Y para lo anterior, como ya se dijo en la sentencia de casación, hay que tomar como punto de partida que la pensión a que tiene derecho el demandante está reglada por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y por ello fue que en esa ocasión se expresó: **“Lo anterior implica, entonces, que la ley 33 de 1985 que regulaba la pensión de jubilación del actor, hay que aplicarla en cuanto a la edad, tiempo de servicios y al monto del 75%, no así en lo que hace a la base salarial porque la misma es la señalada por el inciso tercero del tantas veces citado el artículo 36 en los términos en que ya se trajo a colación”**.

El mencionado inciso 3° del artículo 36 de la ley de seguridad social integral dispone: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expide el Dane”.

Ahora bien, como el demandante no devengó salario alguno ni cotizó durante el lapso al que se refiere la disposición antes transcrita, o sea, al que le hacía falta para adquirir el derecho a la pensión, que para su caso sería el transcurrido del 1° de abril de 1994 (fecha en que empezó a regir la ley) y el 29 de diciembre de 1997 (fecha en que cumplió la edad para la pensión), fue que se vislumbró la posibilidad que la actualización anual que dispone esa norma se hiciera tomando ese tiempo: 3 años 8 meses y 29 días, pero con referencia a la remuneración efectivamente devengaba, lo que imponía necesariamente acudir a la recibida entre el 14 de abril de 1987 y el 13 de enero de 1991, y eso es lo que explica los términos en que se ordenó la prueba para mejor proveer.

Empero, en esta oportunidad observa la Sala que si bien es cierto que de acogerse la precitada solución, se estaría aplicando, en parte, lo que literalmente establece el inciso 3° del tantas veces citado artículo 36 para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de las personas que se encuentren en el régimen de transición, también es verdad que de procederse así se desconocería la finalidad perseguida por tal norma, como es la actualización hasta la fecha en que surja el derecho pensional del salario a tener en cuenta para tasar el ingreso base con referencia al cual fijar el valor de la primera mesada.

Y fundada en esta última consideración es por lo que estima y precisa la Corte que, en asuntos de las particulares características del presente, en los que no se devengó ni cotizó suma alguna en el

tiempo que hacía falta para adquirir el derecho a la pensión, debe acogerse como salario devengado para ser actualizado, en los términos previstos por el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el que conforme al artículo 73 del decreto 1848 de 1969 sería al tener en cuenta para conocer la pensión al demandante de no existir precepto que ordenara su actualización, es decir, el **“promedio de los salarios y primas de toda especie” que éste haya devengado en el último año de servicios.**

La precitada solución, para la Sala, es la que más se ajusta al objetivo perseguido por el **inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993** y a una realidad no prevista por esa norma, como es que quien teniendo derecho a pensión no hubiese devengado suma alguna ni cotizado durante el lapso al que la misma se refiere..”. (Resaltos fuera del texto).

Así las cosas, se concluye que no erró el sentenciador cuando actualizó la mesada inicial de jubilación.

Colofón a lo anterior el cargo no prospera.

XII. RECURSO DE LA DEMANDANTE

Pretende el demandante, según el alcance de la impugnación, que se **“CASE PARCIALMENTE** la sentencia impugnada en cuanto al modificar el ordinal primero de la sentencia de primer grado, condenó al demandado a pagar la pensión de jubilación en una cuantía de \$454.402.86 mensuales, para que en sede de instancia CONFIRME la de primer grado en cuanto le impuso al Banco a pagar la pensión de jubilación al actor en un monto mensual de \$1.295.672.34; pero la revoque en tanto mediante el ordinal tercero absolvió al Banco a pagar los intereses moratorios consagrados por el artículo 141 de la ley 100 de 1993, para en su legar despache favorablemente dicha pretensión contenida en la demanda genitora del presente asunto.”

Con ese objetivo formuló un cargo que fue replicado.

XIII. CARGO UNICO

Acusa la sentencia de violar por vía **directa** y en la modalidad de **interpretación errónea** “los artículos 36 y 141 de la ley 100 de 1993 en relación con los artículos 1°, 14 y 19 del C.S.T., 1° de la ley 12 de 1975 y 8° de la ley 153 de 1887, 1 y 11 del decreto 1748 de 1995, 52 del decreto 2053 de 1974, 7° del decreto 2348 de 1974, 78 del decreto 2247 de 1974, 1, 2 y 64 del decreto 2160 de 1986, 10 del decreto 2498 de 1988, 20, 97 Y 288 de la ley 100 de 1993, 1, 4, 1° y 49 del decreto 2649 de 1993, 1° del Decreto 2143 de 1995, 1° del decreto 1517 de 1998 y 14 del decreto 2650 de 1993, 145 del C.P.L. y SS, 48, 53, 366 y 373 de la C. N.”

En su desarrollo plantea el recurrente, que el juzgador de segundo grado interpretó erróneamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para no indexar el salario base de liquidación conforme lo establece el Decreto 1748 de 1995, pues utilizó la fórmula fijada por esta Sala en sentencias del 16 de febrero de 2001, radicación 13092 y 16 de julio de 2000, radicación 13336, cuando en realidad el procedimiento debió ser el contemplado en el artículo 11 del mencionado decreto, que consulta el genuino querer del legislador y estando acorde con los procesos de devaluación monetaria, y que es del siguiente tenor:

“Para actualizar un valor monetario desde una fecha cualquiera hasta otra se lo multiplica por el IPCP de la segunda fecha y se lo divide por el IPCP de la primera fecha”

Pone de presente, que lo discutido no es la indexación del salario base de liquidación, sino cuál debe ser la fórmula a emplear para tal fin, y cuestiona la utilizada por el ad quem, pues según él, contiene un vicio técnico matemático, que consiste en tener en cuenta para todos los años, el mismo divisor, que es el número de días contados desde la fecha en que se retiró el actor, hasta cuando cumplió 55 años de edad, cuando lo acertado es, que tal número de días debe ir decreciendo conforme se van actualizando los años, pues de lo contrario, resulta evidente que se impide el cumplimiento del mandato consagrado el referido artículo 36, en el sentido de indexar el salario base, al preceptuar “.....actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE....”

Por lo tanto propone que esta Sala cambie su criterio, respecto a la fórmula que viene utilizando, y que fue acogida por el Tribunal, para que en su lugar acepte la establecida en el citado artículo 11 del Decreto 1749 de 1995.

De otro lado afirma, que el juez de apelaciones también interpretó erróneamente el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al negar los intereses moratorios, cuando acogió el criterio expuesto por esta Corporación en la sentencia del 22 de octubre de 2003, radicación 20399, según la cual éstos solo proceden cuando las pensiones se reconocen con fundamento en esa ley, y no para otras diferentes, como es la del presenta caso.

Aduce al respecto, que una lectura detenida de la citada disposición, permite concluir que para su efectividad no tiene ninguna incidencia la normatividad que se aplica al futuro pensionado, pues lo que verdaderamente interesa es que si a partir de su vigencia se incurre en mora en el pago de las mesadas pensionales, deberá reconocerse el interés moratorio en ella previsto, pues tal precepto tiene carácter general y es aplicable a todo tipo de pensiones.

Luego cita y transcribe apartes de la sentencia C-601 del 24 de mayo de 2000 de la Corte Constitucional, y solicita que la Sala acoja de nuevo el criterio expuesto sobre el tema en la sentencia del 13 de diciembre de 2001, radicación 16256.

XIV. LA REPLICA

La oposición expresa, que tanto la interpretación que hace el Tribunal, como la alegada por la parte actora, sobre la viabilidad de la actualización de la mesada pensional, son equivocadas, pues olvidan que no es aplicable a la prestación reclamada, si se tiene en cuenta que el actor se desvinculó de la demandada con anterioridad al 1° de abril de 1994, fecha en que inició su vigencia en materia pensional la Ley 100 de 1993, y el régimen que corresponde aplicarle no contempla esa actualización.

Sobre los intereses moratorios reclamados, manifiesta que la interpretación hecha por el ad quem de la norma que los consagra, es la correcta, pues éstos únicamente se causan cuando la pensión concedida es de las consagradas en la Ley 100 de 1993, que no es el caso de la pretendida; para lo cual se apoya el criterio de esta Sala plasmado en las sentencias del 4 de noviembre de 2004, radicación 24238, 10 de noviembre de 2004, radicación 24425, y 24 de febrero de 2005, radicación 23767, entre otras.

XV. SE CONSIDERA

Como la Sala sobre el tema relacionado con la fórmula que se debe aplicar para indexar pensiones como la reconocida en el presente caso, ya ha tenido oportunidad de pronunciarse, en esta ocasión se remite a la sentencia que reitera, del pasado 20 de septiembre de 2005, radicación

24059, en la cual se dijo:

“Ahora bien, este aspecto relativo a cuál debe ser la fórmula a aplicar en estos asuntos, en los que quien teniendo derecho a pensión no hubiese devengado suma alguna ni cotizado después del retiro, ya fue objeto de estudio y definición por parte de esta Corporación, como a continuación se pasa a explicar:

En primer lugar, se pone de presente que el recurrente no cuestiona que le faltaban al accionante como titular de la pensión, menos de 10 años para adquirir el derecho al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, como tampoco que al no haber devengado ni cotizado suma alguna en el tiempo habido entre el instante en que ocurrió la desvinculación de la entidad y el momento en que reunió las exigencias o requisitos para acceder a la pensión, el salario base de liquidación a tomar es el promedio devengado en el último año de servicios.

El censor se duele que el Tribunal no aplicó la fórmula matemática contemplada en el artículo 11 de Decreto 1748 de 1995, con el objeto de actualizar el salario promedio devengado por el accionante que se remonta al año 1992, época en que se produjo el retiro del servicio, al estimar que esa fórmula resulta más ajustada a los postulados de los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, y logra obtener el monto que en realidad le corresponde al pensionado, para lo cual controvierte las pautas y operaciones de la fórmula que el ad quem acogió siguiendo los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema, haciendo énfasis en que aquella es equivocada, por contener un “vicio técnico matemático” que consiste en su sentir “en tener en cuenta para todos los años, el mismo divisor, que es el número de días contados desde la fecha en que se retiró el trabajador hasta que cumpla los 55 años de edad, cuando lo acertado es, que tal número de días debe ir decreciendo conforme se va actualizando los años”.

En segundo término, esta Sala de la Corte ha adoctrinado que no es procedente que para esta clase de actualización se deba aplicar la fórmula plasmada en el aludido artículo 11 del Decreto 1748 de 1995, conforme se expresó en sentencia del 27 de julio de 2004 radicado 21907, en la que se ratificó la fórmula matemática que viene empleando la Corte, y en esa oportunidad se puntualizó:

“(…) Como primera medida, no es de recibo la crítica de orden técnico que realizó el opositor a la demanda de casación, por razón de que el Tribunal al desatar la apelación interpuesta por la parte actora, no fundó su decisión de modo exclusivo en la jurisprudencia, ya que sobre el punto aquí controvertido edificó su propia argumentación consistente en no acoger los parámetros sugeridos por el demandante para que se aplicara la fórmula contenida en el **artículo 11 del Decreto 1748 de 1995**, aduciendo que lo que allí se regula es lo atinente a la “emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales”, es así que ni siquiera el ad-quem cita el pronunciamiento jurisprudencial que evoca el censor para concluir la inaplicabilidad de esa disposición al caso en estudio.

“Pues bien, el recurrente cuestiona, en suma, la fórmula matemática acogida por el Tribunal y que utilizó el a-quo, para efectos de actualizar el salario devengado por el actor en 1993 (año en que se produjo su retiro), ya que considera que con la misma, tal revaluación se efectuó como si desde dicho año hasta el 2.001 (año en que cumplió la edad para acceder a la jubilación) el extrabajador hubiera tenido invariablemente el salario mensual de \$591.531.38 que percibió en la última anualidad efectivamente trabajada, dejando esa base salarial fija sin ninguna corrección durante más de 8 años, lo cual no corresponde a la previsión y finalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y a la variación del índice de precios al consumidor entre esas dos fechas que sufrió

un incremento de 279.76%, esto es, para un equivalente de \$2.246.399,57 y una pensión inicial del 75% en cuantía de \$1.654.868,19, siendo efectivamente la fórmula a aplicar la del **artículo 11 de Decreto 1748 de 1995**, cuyos resultados deben ser los mismos cuando se trata de actualizar el valor de un bono pensional y un concepto distinto como puede ser el salario devengado por el trabajador en el último año de servicios.

“Así, el impugnante, no comparte las pautas con las que se obtuvo la primera mesada pensional para llegar a la cantidad que ad quem confirmó por valor de \$917.894,53, al considerar que la actualización año a año aplicando los índices respectivos, debe partir para el segundo lapso de la suma que resultó de la actualización del período anterior y así sucesivamente, más no tomando como referencia inicial para todos los años, la base salarial fija de \$591.531.38 que es el último promedio devengado.

“El cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial que ha de servir para tasar la mesada pensional, valga decir, garantizar que los ingresos para establecer esa base de liquidación mantengan su valor real, lo que se logra adecuando la aludida disposición a todas las situaciones cuya actualización sea procedente, entre ellas la que ocupa la atención de la Sala, que no es otra que en el evento de no haberse cotizado ni recibido salario entre el retiro del servicio o la entrada en vigencia de la nueva Ley de Seguridad Social y la fecha en que se cumplió la edad o requisitos para acceder al derecho pensional.

“De acuerdo con el inciso tercero de la disposición en comento, la actualización debe hacerse año por año o por fracción de año, tomando la variación del IPC de cada una de esas anualidades y aplicándolo al salario promediado, sin que sea dable como lo sostiene el censor, que para la casuística del examine se suponga que continuó el demandante devengando un salario superior para cada lapso, pues aquí no se trata de actualizar un ingreso nominal que ha sufrido cambios periódicos sino un salario promedio que no tuvo modificación con posterioridad a la vigencia de la Ley 100, máxime cuando esa base de liquidación se remonta es al promedio devengado en el último año de prestación de servicios.

“Y si se le diera la razón al recurrente, lo que se estaría actualizando sería el salario del año anterior ya indexado, lo cual iría en contravía del espíritu de la norma que no prevé que esos montos se acumulen, conllevando una doble revaluación, siendo que lo pertinente es tomar como punto de partida el mismo promedio y aplicarle el incremento del índice respecto de cada una de las anualidades conforme a la ley, en la forma reflejada en la fórmula que viene utilizando la Corte, que es igual a la acogida por los sentenciadores, al igual que la desarrollada por el propio demandante en su escrito de alegación de folios 83 a 88 y que extrañamente luego la cambió en su memorial de apelación obrante de folios 166 a 169, tratando de obtener un mayor valor de la mesada...”.

Finalmente en el preciso tema de lo que el censor a denominado “vicio técnico matemático” no hay tal, pues no es factible que en la aplicación de la fórmula que la Corte consideró más conveniente para estos asuntos, se entre a variar o decrecer el divisor que se señale en la forma que lo propone el ataque, por virtud de que manteniendo aquél constante es que se logra establecer el verdadero promedio de la contribución porcentual de los días de cada año, respecto del lapso habido desde la fecha de retiro y el cumplimiento de la edad.

De acoger la metodología de la censura, esto es, menguar el número de días en el divisor progresivamente, se pierde la referencia del tiempo a actualizar y se distorsiona lo que representa el salario de cada año en la contribución para llegar al monto total del ingreso base de

liquidación de la pensión, trayendo como consecuencia la alteración de los porcentajes que se requieren para calcular el respectivo promedio.

En este orden de ideas, resulta técnicamente correcto tomar como divisor o denominador, ese total de días en la aplicación de la fórmula.

Por consiguiente, no incurrió el Tribunal en los yerros que se le atribuyen al no acoger la fórmula sugerida por la censura y sí la que la Corte en su postura mayoritaria considera se ajusta más a esta clase de casuística y respeta los parámetros como el propósito del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la cual se traduce en: <Base salarial actualizada = S.B.C. (salario base de cotización) que corresponde al promedio de lo percibido en el último año de servicios, multiplicado por los IPC año corrido del periodo a actualizar, multiplicado por el número de días de la respectiva anualidad y **dividido por el tiempo total entre la fecha de desvinculación y el cumplimiento de la edad**>, que aparece desarrollada en el fallo recurrido, conforme a las orientaciones que en forma reiterada ha impartido esta Corporación a través de sus decisiones, cuya aplicación derivó la cuantía con la que el juez de apelaciones fulminó la condena, en donde se ha de destacar que el número total de días que halló el ad quem no es objeto de discusión en sede de casación sino su aplicación en la respectiva fórmula.

El otro motivo de ataque por parte del censor, tiene que ver con la negativa del juzgador de segundo grado, a condenar la accionada al pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al considerar, apoyado en decisiones de esta Sala, que éstos están restringidos para las pensiones que contempla dicha ley, que no es el caso de la concedida.

En relación con ese aspecto, esta Sala de la Corte a partir de la sentencia calendada 28 de noviembre de 2002, radicación 18273, mayoritariamente fijó su criterio, que no ha variado, en la que se estudió y definió que para esta clase de pensiones no proceden los intereses moratorios reclamados. En tal oportunidad señaló:

“(…) Empero, el aludido desacierto únicamente es suficiente para tener como fundado el cargo y no para quebrar el fallo recurrido, ya que para la mayoría de la Sala, en esta oportunidad, contrario a lo que se venía sosteniendo, los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral.

“Y es que no obstante lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 601 del 24 de mayo de 2000 al declarar exequible el mencionado artículo 141, para la Corte esa disposición solamente es aplicable en el caso de mora en el pago de pensiones causadas con posterioridad a la vigencia de la Ley de Seguridad Social y que sean reconocidas con fundamento en la normatividad integral de la misma, y no, como ocurre en este caso, respecto de una pensión que no se ajusta a los citados presupuestos.

“Lo anterior conlleva, entonces, que como la pensión que se le concedió al demandante Hernando Francisco Olaya Román, no es con sujeción integral a la Ley 100 de 1993, no había lugar a condenar al pago de los intereses moratorios que consagra tal Ley en su artículo 141 que claramente dispone: “(…) en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley (…)”.

“Además, en este asunto tampoco se presenta la situación prevista por el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 para que se pudiera dar aplicación a su artículo 141, pues la primera norma dispone: <Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público

tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma de ella contenida que estime favorable ante el cotejo por lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de las disposiciones de esta Ley>...”

En consecuencia, por todo lo expuesto, el cargo no prospera.

Sin costas en el recurso extraordinario, por cuanto ninguno de los cargos formulados por ambas partes tuvo prosperidad.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el 27 de mayo de 2004, en el proceso ordinario adelantado por GUSTAVO PUERTAS VARGAS contra el BANCO POPULAR S.A.

Sin costas en el recurso extraordinario.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLIQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA

EDUARDO LOPEZ VILLEGAS

CAMILO TARQUINO GALLEGO
DIAZ

MARIA ISMENIA GARCIA MENDOZA

Secretaria

2



CARLOS ISAAC NADER

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GOMEZ

ISAURA VARGAS

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

