

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

Magistrada ponente

SL19539-2017

Radicación n.º 44178

Acta 20

SENTENCIA DE INSTANCIA

Bogotá, D. C., veintidós (22) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Procede la Corte a proferir la **SENTENCIA DE INSTANCIA** que corresponde, dentro del trámite del recurso de casación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., el 31 de agosto de 2009, dentro del proceso ordinario adelantado por **ÓSCAR EMILIO OLARTE BENAVIDES** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, GRUPO INTERNO DE TRABAJO PARA LA GESTIÓN DEL PASIVO SOCIAL DE PUERTOS DE COLOMBIA.**

I. ANTECEDENTES

En el presente proceso la Corte mediante sentencia del 9 de agosto de 2017, **CASÓ** la proferida el 31 de agosto de 2009, por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C.

Para mejor proveer y en sede de instancia dictar la sentencia correspondiente, se ofició a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, entidad que actualmente administra la nómina de pensionados de la extinta Puertos de Colombia y protege el archivo pensional de dicha entidad, para que con destino al presente proceso discriminara los valores y porcentajes que por aportes a salud se le habían deducido al demandante Óscar Emilio Olarte Benavides identificado con la C.C. No. 3.796.469 de Cartagena; información que efectivamente suministró y obra a folios 93-95 del cuaderno de la Corte.

Ahora bien, las pretensiones de la demanda que dieron origen a la presente controversia, se contraen a que se declarara y condenara a La Nación – Ministerio de la Protección Social hoy Ministerio de Trabajo, a no descontar de su mesada pensional el 12% de cotización para el sistema de seguridad social en salud; a devolver y pagar en su favor «*las sumas descontadas ilegalmente*» de su pensión de jubilación por concepto del 12% de aportes al sistema de salud desde el 1 de septiembre de 2004, hasta cuando quede

en firme la sentencia que ponga fin al proceso; a la indexación de las referidas sumas; lo que resultara probado *extra y ultra petita* y las costas del proceso. En forma subsidiaria solicitó se condenara al Ministerio a «cancelar y reajustar» su pensión de jubilación, en un 12% conforme lo ordena el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, por haber adquirido el estatus de pensionado antes del 1º de enero de 1994; al pago de las sumas resultantes del reajuste pensional del 12% a partir del 1º de septiembre de 2004 hasta cuando la condena sea cumplida por la demandada y a la indexación de las condenas impartidas.

Tales pedimentos se fundamentan en que ingresó a laborar al servicio de la Empresa Puertos de Colombia el 7 de abril de 1988 mediante contrato de trabajo hasta el 1 de abril de 1991, entidad que le reconoció la pensión de jubilación mediante Resolución No. 587 de 1991, acto administrativo que además le concedió el goce de los servicios médicos asistenciales, sin que le fuera descontado porcentaje alguno por dicho beneficio hasta el 1 septiembre de 2004, fecha en la cual y en aplicación de la Resolución No. 00799 de 30 de junio de ese mismo año, se ordenó a unos pensionados, entre ellos al demandante, pagar el valor del 12% como cotización para los servicios médicos. Recalca que desde que se le reconoció la pensión hasta el mes y año citados, recibió los servicios de salud sin cotizar suma alguna por dicho concepto, ni tampoco se le hizo descuento con ese fin.

La demanda fue contestada por el Ministerio de la Protección Social (f.º 44-72 del cuaderno n.º 1), en ella se opuso a las pretensiones tanto principales como subsidiarias y, en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con el reconocimiento de la pensión de jubilación al demandante, la prestación en forma continua de los servicios médicos sin cotizar suma alguna por ese concepto, los descuentos por aportes a salud aplicados desde septiembre de 2004 en porcentaje del 12%. Frente a los demás supuestos fácticos señaló que no son ciertos. En su defensa, propuso la excepción previa de inexistencia del demandado y como excepciones de mérito las que denominó, «*carencia de causa para demandar, el acto acusado se ajusta a los lineamientos constitucionales y legales, inexistencia de derecho adquirido e inexistencia de fundamentos fácticos y legales para obtener el reajuste del 12% de la mesada pensional del demandante*».

El Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 27 de febrero de 2008, absolvió de todas las pretensiones a la entidad demandada y condenó en costas al actor; decisión que fue revocada por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 31 de agosto de 2009, en el sentido de condenar a la accionada a «... *reajustar la pensión del demandante en un 12% a partir del 30 de julio de 2004 y en adelante. (SIC) Sobre dicha base, se deberán efectuar los incrementos legales de la pensión y deberán pagarse sus diferencias al actor de manera indexada a la fecha de pago*» junto con las costas de la

primera instancia. No impuso costas para la segunda instancia.

II. SE CONSIDERA

En la sentencia de casación, al resolverse el recurso propuesto por la parte demandada, se dijo textualmente:

De la lectura de la impugnación encuentra la Sala que la parte recurrente se aviene a la conclusión a la que arribó el Tribunal relacionada con el derecho que tiene el accionante al reajuste de la pensión de jubilación que devenga, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, al haber sido pensionado con antelación a la entrada vigencia de dicha normatividad y en atención a la disminución de su mesada como consecuencia del incremento en el monto de la cotización para salud; no obstante, centra su inconformidad en dos aspectos puntuales: (i) el porcentaje del reajuste ordenado por el juez de segunda instancia y (ii) la fecha a partir de la cual debía realizarse el mismo.

En cuanto al primer asunto, esto es, el relacionado con el porcentaje del reajuste, ha de tenerse presente, que la Ley 100 de 1993 en su artículo 143, consagró, para aquellos pensionados con antelación al 1 de abril de 1994, un beneficio consistente en un reajuste por una sola vez, al valor de la pensión a efecto de compensar a quienes vieron afectados en el valor de sus mesadas pensionales por la variación en los aportes a salud fijados en ella.

Sobre tal aspecto, esta Corte en sentencia con radicación CSJ SL 676-2013, expresó:

[...] Acierta el recurrente en cuanto a la interpretación que hace de los artículos 143 de la ley 100 de 1993 y 42 del decreto reglamentario 692 de 1994.

Veamos el texto de dichos artículos:

Reajuste pensional para los actuales pensionados.

*Artículo 143.- A quienes con anterioridad al 1º de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, **a un***

reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

Y el artículo 42 del decreto reglamentario 692 de 1994, es del siguiente tenor:

Artículo 42.- Reajuste pensional por incremento de aportes en salud. A quienes con anterioridad al 1º de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez, o sobrevivientes, y a quienes sin haberles efectuado el reconocimiento tuvieren causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos, tendrán derecho a partir de dicha fecha a que con la mesada mensual se incluya un reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, las entidades pagadoras de pensiones procederán a efectuar el reajuste previsto en este artículo por la diferencia entre la cotización que venían efectuando los pensionados y la nueva cotización del 8% que rige a partir de abril de 1993, o la que se determine cuando rija la cobertura familiar sin exceder del 12%.

Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.

De lo anterior se desprende, sin mayor dificultad, que la Ley 100 de 1993, solo establece un reajuste mensual de la pensión equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización para salud que venían pagando los pensionados y la nueva cotización que regiría como consecuencia de este nuevo régimen y que no podría exceder del 12%, aspecto frente al cual le asiste razón a la censura.

Así mismo, encuentra la Sala acreditado el error protuberante del Tribunal en cuanto ordenó el pago del reajuste pensional a partir del 30 de julio de 2004, cuando como lo advierte la entidad recurrente, desde el mismo escrito de demanda inicial el

demandante, tanto en las pretensiones principales como en las subsidiarias así como en los hechos 6, 7-b, 9 y 10 solicita e informa que los descuentos materia de controversia en el sub lite, se le hicieron efectivos a partir del mes de septiembre de 2004, lo que encuentra soporte con las pruebas documentales que se reprochan como no valoradas y que corresponden a la respuesta dada por FOPEP al oficio librado por el juzgado de primera instancia (f.º 286-290 cuaderno n.º2) en el que le informa al despacho judicial que:

[...] mediante oficio No. GPSPC-AP-002577 del 02 de septiembre de 2004, el Ministerio de la Protección Social, Grupo Interno de Trabajo Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia, Área de Pensiones, ordenó al Consorcio FOPEP, que a partir de la Nómina de septiembre de 2004 (sic) se realizara el descuento por aportes a seguridad social directamente de la mesada pensional del Señor OSCAR EMILIO OLARTE BENAVIDES y remitidos al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Por lo anterior, se casará parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto en su numeral segundo ordenó condenar a la demandada a reajustar la pensión del demandante en un 12% a partir del 30 de julio de 2004 y en adelante. Sobre dicha base, se deberán efectuar los incrementos legales de la pensión y deberán pagarse sus diferencias al actor de manera indexada a la fecha de pago.

En sede de instancia, fuera de las anteriores consideraciones, debe decirse que por haber sido reconocido el derecho pensional del demandante, a partir del 1º de abril de 1991, esto es antes del 1º de enero de 1994, es procedente la aplicación del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que lo permite expresamente.

Ahora, como la seguridad social en salud para éste fue asumida por la demandada hasta el mes de agosto de 2004, como se confiesa en la demanda inicial, únicamente desde el mes de septiembre del mismo año la accionada comenzó a realizarle descuentos del 12% por ese concepto, de acuerdo con la información que suministró.

Por lo anterior, al no haberse propuesto por la parte convocada a juicio la excepción de prescripción, se impartirá condena a dichos reajustes, debidamente indexados, a partir de la mesada correspondiente al mes de septiembre de 2004.

La suma a pagar desde dicha calenda y hasta el 31 de octubre de 2017, es de OCHENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS OCHO MIL CIENTO NOVENTA PESOS CON 55/100 (\$83.908.190.55), tal como se refleja en el siguiente cuadro:

Año	Variación % IPC	Desde	Hasta	Mesadas pagadas – f.º288-290 y 94-96-	Mesadas reajustadas en 12% -una sola vez- más incrementos legales de cada año	Diferencia mensual a favor del pensionado	N.º pagos	Total diferencia anual a favor del pensionado
2004		1/09/2004	31/12/2004	\$ 2.785.013,06	\$ 3.119.214,63	\$ 334.201,57	5	\$ 1.671.007,84
2005	5,50%	1/01/2005	31/12/2005	\$ 2.938.188,78	\$ 3.290.771,43	\$ 352.582,65	14	\$ 4.936.157,12
2006	4,85%	1/01/2006	31/12/2006	\$ 3.080.690,94	\$ 3.450.373,85	\$ 369.682,91	14	\$ 5.175.560,69
2007	4,48%	1/01/2007	31/12/2007	\$ 3.218.705,89	\$ 3.604.950,59	\$ 386.244,70	14	\$ 5.407.425,86
2008	5,69%	1/01/2008	31/12/2008	\$ 3.401.850,26	\$ 3.810.072,28	\$ 408.222,03	14	\$ 5.715.108,39
2009	7,67%	1/01/2009	31/12/2009	\$ 3.662.772,17	\$ 4.102.304,83	\$ 439.532,66	14	\$ 6.153.457,21
2010	2,00%	1/01/2010	31/12/2010	\$ 3.736.027,61	\$ 4.184.350,92	\$ 448.323,31	14	\$ 6.276.526,35
2011	3,17%	1/01/2011	31/12/2011	\$ 3.854.459,69	\$ 4.316.994,85	\$ 462.535,16	14	\$ 6.475.492,24
2012	3,73%	1/01/2012	31/12/2012	\$ 3.998.231,03	\$ 4.478.018,76	\$ 479.787,72	14	\$ 6.717.028,10
2013	2,44%	1/01/2013	31/12/2013	\$ 4.095.787,87	\$ 4.587.282,41	\$ 491.494,54	14	\$ 6.880.923,58
2014	1,94%	1/01/2014	31/12/2014	\$ 4.175.246,16	\$ 4.676.275,69	\$ 501.029,54	14	\$ 7.014.413,50
2015	3,66%	1/01/2015	31/12/2015	\$ 4.328.060,17	\$ 4.847.427,38	\$ 519.367,22	14	\$ 7.271.141,03
2016	6,77%	1/01/2016	31/12/2016	\$ 4.621.069,84	\$ 5.175.598,22	\$ 554.528,38	14	\$ 7.763.397,28
2017	5,75%	1/01/2017	31/10/2017	\$ 4.886.781,36	\$ 5.473.195,11	\$ 586.413,76	11	\$ 6.450.551,35
								\$ 83.908.190,55

En consecuencia, se revocará la sentencia de primer grado que absolvió a la demandada de todas las pretensiones, para en su lugar condenar al Ministerio de la

Protección Social hoy Ministerio de Trabajo a pagar al actor, la suma de OCHENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS OCHO MIL CIENTO NOVENTA PESOS CON 55/100 (\$83.908.190.55), por concepto de diferencia mensual por reajuste en la mesada pensional equivalente a la elevación en la cotización para salud, ordenado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, causado entre el 1º de septiembre de 2004 y el 31 de octubre de 2017, la que deberá ser indexada mes a mes por la entidad accionada al momento de su pago, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

Donde:

VA = Valor actualizado

VH = Valor histórico correspondiente a la diferencia pensional para cada mes a favor del pensionado.

IPC Final= Índice de precios al consumidor correspondiente al mes en el que se efectuará el pago.

IPC Inicial= Índice de precios al consumidor correspondiente al mes de causación de la diferencia pensional a favor del pensionado.

De la misma manera se condenará a la demandada a continuar pagándole al actor, a partir del mes de noviembre de 2017, inclusive, una mesada pensional de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO PESOS CON ONCE CENTAVOS (\$5.473.195.11), con sus incrementos legales anuales, sobre la cual deberá descontar el 12% correspondiente al aporte mensual para el sistema de seguridad social en salud.

Costas en la primera instancia a cargo de la demandada, en la segunda no se causaron.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sede de instancia, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

III. RESUELVE:

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia de primer grado proferida en este proceso ordinario adelantado por **ÓSCAR EMILIO OLARTE BENAVIDES** contra **LA NACIÓN - MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, GRUPO INTERNO DE TRABAJO PARA LA GESTIÓN DEL PASIVO SOCIAL DE PUERTOS DE COLOMBIA** que la absolvió de todas las pretensiones.

SEGUNDO.- CONDENAR a la demandada **LA NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, GRUPO INTERNO DE TRABAJO PARA LA GESTIÓN DEL PASIVO SOCIAL DE PUERTOS DE COLOMBIA** hoy **MINISTERIO DE TRABAJO** al pago de la suma de OCHENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS OCHO MIL CIENTO NOVENTA PESOS CON 55/100 (\$83.908.190.55) por concepto de diferencia mensual por reajuste en la mesada pensional equivalente a la elevación en la cotización para salud, ordenado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, causado entre el 1º de septiembre de 2004 y el 31 de octubre de 2017, la que deberá ser indexada mes a mes por la entidad accionada al momento de su pago, de conformidad con la fórmula indicada en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- CONDENAR a la demandada **LA NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, GRUPO INTERNO DE TRABAJO PARA LA GESTIÓN DEL PASIVO SOCIAL DE PUERTOS DE COLOMBIA** hoy **MINISTERIO DE TRABAJO** a continuar pagando al demandante, a partir del mes de noviembre de 2017, inclusive, una mesada pensional de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO PESOS CON ONCE CENTAVOS (\$5.473.195.11), con sus incrementos legales anuales, sobre la cual deberá descontar el 12% correspondiente al aporte mensual para el sistema de seguridad social en salud.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ