

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Radicación N° 31627

Acta N°15

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil nueve (2009).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por ELSA ROSARIO DÍAZ RUBIANO, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la sentencia de fecha 31 de agosto de 2006 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario laboral promovido por la recurrente en contra del BANCO CAFETERO BANCAFÉ.

ANTECEDENTES

La demandante laboró para el demandado desde el 18 de septiembre de 1970 al 19 de enero de 1993; su último salario promedio fue de \$784.985.00; la entidad le reconoció pensión de jubilación en cuantía de \$588.739.00, desde el 9 de octubre de 2003, cuando cumplió 55 años de edad, por haber cumplido los requisitos de la Ley 33 de 1985 (fls. 13 a 16 cuad. ppal).

En la demanda inicial solicitó condenar al enjuiciado a que reajuste su mesada pensional inicial a la suma de \$2.468.762.63, equivalente al 75% del último salario promedio, indexado desde el 19 de enero de 1993 hasta el 9 de octubre de 2003 en un 332.92%, conforme a certificación del DANE, dado que en ese porcentaje,

afirma, el peso colombiano se devaluó desde la fecha de egreso hasta la de reconocimiento del derecho pensional.

Solicitó, además, los intereses de mora previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más costas.

El Banco se opuso a tales pretensiones; adujo que liquidó la pensión de la demandante conforme a ley, y que no era procedente la indexación dado que no había incurrido en mora alguna en lo relativo a la concesión del derecho. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, pago, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir, compensación y la genérica.

La señora Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá dirimió la primera instancia el 7 de marzo de 2006 con sentencia absolutoria, la cual fue confirmada por el Tribunal con la acá recurrida.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El ad quem encontró procedente la indexación deprecada, para lo cual se fundamentó en sentencias de esta Sala (de 5 de agosto de 1996 -sin radicado-, 13336 de 2000, y 19356 de 2003), de las cuales transcribió apartes; la fórmula que utilizó para indexar fue: $SBC \times I.P.C.$ de 19 de enero de 1993 a 9 de octubre de 2003 por el número de días a indexar, por el tiempo total entre la fecha de desvinculación y el cumplimiento de la edad. Obtuvo un IBL de \$1.644.264.77, cuyo 75%, \$1.233.198.57, manifestó que correspondía al monto inicial de la pensión.

A pesar de lo anterior, encontró que el ISS le había reconocido a la demandante pensión de vejez en cuantía de \$2.339.547 a partir de la misma fecha en que el Banco le había concedido la pensión legal a la actora (9 de octubre de 2003); que, al reconocer esta pensión

se había establecido que, cuando se obtuviera la del ISS, a BANCAFÉ solo le asistiría la obligación de cancelar la diferencia entre la pagada por él y la del Instituto, y que nada debería pagar si la de éste era igual o superior; por lo que consideró que se encontraba más que compensada la reclamación de la actora, ya que la obligación estaba condicionada al reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la entidad de seguridad social.

RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Planteado en los siguientes términos:

“A nombre de la parte demandante, impetro ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, para que a través de su Sala de Casación Laboral, CASE o infirme PARCIALMENTE la sentencia del H. Tribunal Superior de Bogotá -Sala Laboral- que confirmó la sentencia proferida por la señora Juez 12 Laboral del Circuito con fecha 17 de marzo de 2006, la cual otorgó la indexación, pero al realizar la interpretación del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicó equivocadamente lo ordenado en esa norma al confundir el promedio del I.B.L. durante el tiempo que le faltare al trabajador para adquirir del estatus de pensionado, con un divisor fijo agregado a la operación de indexación que distorsiona la norma mencionada y termina aplicando un factor diferente a la valorización acumulada que fue certificada por el DANE, lo que lo llevó a negar la totalidad de las pretensiones invocadas en la demanda introductoria del proceso, al considerar que lo recibido por la accionante por pensión de vejez es superior al valor indexado según la fórmula del Tribunal; a fin de que constituida en Tribunal de Instancia, otorgue la indexación en la forma establecida en los artículos 21 e inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, estableciendo una pensión en cantidad de \$209.215.37 a cargo del Banco Cafetero hoy "en Liquidación", toda vez que a partir del 5 de noviembre de 2003, la demandante empezó a percibir pensión de vejez del I.S.S., en cuantía de \$2.339.547 según Resolución No 113670 de

2004 y como consecuencia de ello, se paguen los intereses de mora sobre los saldos insolutos en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Que se disponga en debida forma en cuanto a las costas de ambas instancias.”

Con tal objetivo presenta, por la causal primera de casación laboral, dos cargos, de los cuales se estudiará el primero y, solo en caso necesario, el segundo.

PRIMER CARGO

Expuesto de la siguiente manera:

“PRIMER CARGO por violar DIRECTAMENTE en concepto de INTERPRETACIÓN ERRÓNEA el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y como consecuencia de ello, se dejó (sic) de aplicar los artículos 1 y 11 del Decreto 1748 de 1995; el artículo 25 del Código Civil; el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo y Seguridad Social; el artículo 53 y 243 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, artículo 21 del Decreto 2067 de 1991; el artículo 141 de la misma ley (sic) 100 de 1993 y los artículos 1649, 1626 del Código Civil,

La vía de Impugnación.-

Se formula el cargo por la vía directa por las siguientes razones:

1°.- Porque se acogen los hechos básicos del proceso tal como los presenta la sentencia, sin disenso ni objeción.

2°.- Porque los motivos de la sentencia son puramente jurídicos y mueven al fallador a formular circunstancias también exclusivamente jurídicas sin que haya referencia alguna al acervo probatorio en apoyo de éstas.

1.- Lo que dijo la sentencia.-

El fundamento jurídico de la sentencia se cimentó por parte del Tribunal, en los siguientes aspectos:

"Es viable, pues, la actualización del valor de la mesada pensional para la fecha del retiro, a fin de obtener el valor que representaba para la fecha a partir de la cual tiene derecho la demandada para devengar su pensión de jubilación, tomando para ello el porcentaje de devaluación del peso colombiano, certificado por el DANE.

Así las cosas, como la acusación del derecho pensional se hace bajo el amparo de la Ley 100 de 1993 (octubre 9 de 2003), para efectos de determinar su monto es necesario remitirse a lo ordenado en el régimen de transición previsto en los incisos 2° y 3° del artículo 36.

(...) Como ya se dijo, la demandante no laboró durante el lapso que refiere el inciso 3° del 36 de la Ley 100 de 1993, así que para determinar el ingreso base de liquidación de su pensión se tendrá en cuenta lo devengado durante el último año de servicios 20 de enero de 1992 al 19 de enero de 1993, en la suma de 784.985 (fl.13) salario promedio mensual indexado de acuerdo con la certificación expedida por el DANE sobre la evolución del I.P.C. para esos períodos.

Como se indicó, es viable reconocer la pensión de jubilación de la accionante señora ELSA ROSARIO DÍAZ RUBIANO a partir del 9 de Octubre de 2003 cuando cumplió los 55 años de edad (fl.13) en el setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado durante el último año de

servicios, indexado, más el pago de las sumas que se generen como consecuencia de la reliquidación, y de todas las mesadas ordinarias y adicionales de los meses de julio y diciembre.

De lo transcrito, no existe inconformidad alguna con el anterior planteamiento del Ad-Quem.

2.- EL MOTIVO DE LA INCONFORMIDAD.-

El error que se endilga a la sentencia recurrida se encuentra en el párrafo final del folio 167 y primero del folio 168 del Expediente, donde la sentencia acusada expresa lo siguiente:

"El ingreso base de la liquidación de la mesada pensional tendrá que actualizarse teniendo en cuanta la siguiente formula: $SBC \times I.P.C.$ de 19 de enero de 1993 a octubre de 2003 por el número de días a indexar, por el tiempo total entre la fecha de desvinculación y el cumplimiento de la edad. Una vez efectuadas las correspondientes operaciones aritméticas, se obtiene un ingreso base de liquidación de \$1.644.264.77 cuyo 75% equivale a \$1.233.198.57 que corresponde al monto inicial de su pensión a partir del 9 de octubre de 2003, pensión que debe reajustarse de conformidad con la Ley 100 de 1993."

El Tribunal, incurre en equivocada interpretación, al considerar que el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993 establece la formula que dejó consignada en el párrafo antes transcrito, pues, de plano se advierte una formula diferente a la contenida en la norma indicada, que establece lo siguiente:

"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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el PANE. (Subrayado fuera de texto).

Con acertado criterio el H. Magistrado GUSTAVO GNECO MENDOZA, dijo en la ACLARACIÓN DE VOTO de la sentencia No 28.507 de Germán Gordillo Góngora contra el BANCO CAFETERO, respecto del I.B.L., que corresponde a la primera operación matemática, que debe ser establecida según el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y una vez obtenido éste valor, se procederá a indexarla, que es la segunda operación matemática que se ordena en el inciso mencionado, cuando dijo lo siguiente:

"Empero debo aclarar que, en mi criterio, la citada disposición legal consagra dos mecanismos para el calculo del ingreso base de liquidación: 1) Tomar el promedio de lo devengado en el tiempo que hiciere falta para que el beneficiario de la transacción adquiriera el derecho a la pensión, o 2) Tomar el promedio de lo cotizado en todo el tiempo, en caso de ser este promedio superior. Entonces, si ante la falta de cotización de salarios, como aquí aconteció, no es posible obtener un promedio de lo percibido en el tiempo que le hiciere falta para adquirir el derecho, pues no habría sumas que calcular, ello implica que el promedio de lo cotizado en todo el tiempo será necesariamente superior y por tal razón debe acudirse a ésta forma de cálculo, porque por obvias razones no es posible utilizar la otra. Con todo en ambos casos debemos indexar el promedio obtenido" (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Culmina su aclaración de voto en los siguientes términos: "Insisto en que la anterior intelección merece ser tomada en consideración nuevamente por la Sala."

Le asiste toda la razón al H. Magistrado cuando establece dos momento matemáticos claramente

definidos en el inciso 3° de la Ley 100 de 1993, el primero, respecto del I.B.L. que: "será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, y el segundo, indexar el promedio obtenido"

En el presente caso, el I.B.L. ó ingreso base para liquidar la pensión, fue claramente definido por el Tribunal cuando indicó: "la demandante no laboró durante el lapso que refiere el inciso 3° del 36 de la Ley 100 de 1993, así que para determinar el ingreso base de liquidación de su pensión se tendrá en cuenta lo devengado durante el último año de servicios 20 de enero de 1992 al 19 de enero de 1993, en la suma de \$784.985. (fl.13) (tomado de la sentencia sin modificar ni disenter su contenido)", al utilizar la metodología expresada por el H. Magistrado GUSTAVO GNECO MENDOZA en la ACLARACIÓN DE VOTO de la sentencia mencionada, se determina que para el caso sub-judice, que el I.B.L.(i) es la suma de \$784.985.

El siguiente paso corresponde a indexar el mencionado I.B.L.(i); continuando con la metodología antes anotada, se debe revalorización que corresponde a una operación eminentemente matemática, la cual corresponde a la "ciencia que trata las cantidades" por dedicarse las matemáticas al estudio de dichas cantidades, ya corresponda a fenómenos cuánticos, económicos o desarrollo de problemas jurídicos. Es por eso que los expertos en esa ciencia que fueron consultados por el suscrito, que concluyen afirmando -sin temor a equivocarse- que la operación realizada por el Tribunal es equivocada, que desfigura en alto grado la ciencia matemática, que dicha fórmula debe ser corregida para que no se haga mal uso de ella, como en algunas oportunidades lo han realizado tribunales y juzgados.

De donde se aprecia que la formula planteada en la sentencia 13.336 que aplica el H. Tribunal al caso sub-judice, no concuerda con el contenido del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, donde se ordena que se actualizará "ANUALMENTE" el I.B.L. con base en el I.P.C certificado por el DANE; pero el Tribunal ad-quem, confundió EL INGRESO BASE PARA LIQUIDAR las pensiones de personas a quienes les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, con la actualización (indexación) anual que debe hacerse "con base en la variación del índice de precios al consumidor, según la certificación expedida por el DANE"; por ende, requiere deslindarse los dos (2) momentos o aspectos indicados en la norma, para entender la magnitud de la disposición mencionada, según el contenido del inciso mencionado. (Ya transcrito).

Surge de plano el error en que incurrió el Tribunal al unir los dos momentos matemáticos de la norma, el primero, que determina el INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN ó "I.B.L." el cual "será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello" [PENSIÓN], que se refiere directamente al promedio del "I.B.L.", es decir, a la suma de salarios dividido por el espacio de tiempo definido en la norma; confundiéndolo la operación de indexar dicho I.B.L.; como lo hizo equivocadamente el H. Tribunal y esa misma equivocación la realizó la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia 13.336, a la que se remite directamente el AD-Quem.

Está muy claro que el "tiempo" al que se refiere el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, corresponde al "I.B.L.", toda vez que la norma se refiere al período que le faltare al trabajador para pensionarse (menos de 10 años o el periodo de tiempo) contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, o sea el 1° de abril de 1994, (según art. 151 ibídem) hasta el momento en que el trabajador cumple la edad de pensión; porque una vez obtenido dicho "I.B.L.(i)" simplemente se procede a indexarlo en la forma establecida en la certificación expedida por el DANE, (ver art. 19 Ley 794 de 2003 que modificó el artículo 191 del C.P.C. - que no fue violado-).

No indica la norma analizada que el aludido "tiempo" se refiera a la operación de INDEXAR, porque este indica: "actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE"; donde se concluye que "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 hiciere falta para ello.....", cosa diferente a la entendida por el H. Tribunal y la H. Sala de Casación Laboral en la sentencia 13.336, que equivocadamente lo traslada al momento de indexar.

Dejando clarificado los momentos matemáticos mencionados, se hace necesario determinar qué entendió el Tribunal, como lo dijo a folio 166 (penúltimo párrafo) que textualmente indica lo siguiente:

“Como se indicó, es viable reconocer la pensión de la accionante señora EISA ROSARIO DÍAZ RUBIUANO a partir del 9 de Octubre de 2003 cuando cumplió los 55 años de edad (f.13) en el setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado durante el último año de servicios, indexado, más el pago de las sumas que se generen como consecuencia de la reliquidación, y de todas las mesadas originadas y adicionales de los meses de junio y diciembre.”

“El ingreso base de la liquidación de la mesada pensional tendrá que actualizarse teniendo en cuenta la siguiente fórmula: SBC XI.P.C. del 19 de enero de 1993 a octubre de 2003 por el numero de días a indexar, por el tiempo total entre la fecha de la desvinculación y el cumplimiento de la edad. Una vez efectuadas las correspondientes operaciones aritméticas, se obtiene un ingreso base de liquidación de \$1.644.264.77 cuyo 75% equivale a \$1.233.198.57 que corresponde al monto inicial de su pensión a partir del 9 de Octubre de 2003, pensión que deberá reajustarse de conformidad con la ley 100 de 1993.” **(Resaltado fuera de texto)**

La equivocación del Tribunal no solamente es de interpretación, sino de aplicación de su mandato a su propia formula, aclarando que, aunque no desarrolla la formula por él planteada, si corrige la realizada por el A-quo, que se encuentra a folio 124 del Cuaderno No 1., y la corrección se hace, como se indicó en la parte antes trascrita, donde establece el I.B.L. (f) en la suma de \$1.644.264.77 cuyo 75% equivale a \$1.233.198.57, porque el A-quo lo había fijado en un \$1.665.572.87 y su 75% en \$1.249.179.53, este último fue quien realizó la operación que obra a folio 124 del Expediente, similar al siguiente:

“...”

Quiere decir, que la formula planteada por el Tribunal con los fundamentos de la formula contenida en la sentencia 13.336 de la H. Corte Suprema de Justicia anteriormente anotada, su desarrollo no se plega a lo dispuesto por el mismo Tribunal ni al contenido de la norma. En la operación reproducida con el planteamiento de la sentencia 13.336, se aprecia que en la liquidación del año 1993, aplica los I.P.C. de los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003, es decir, con la devaluación de los años subsiguientes sin que fuere procedente según el mandato del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que ordena la actualización anualmente. Igualmente en la operación para el año de de 1994 se realizó con ese mismo error del año 1993, pues se multiplicó con los I.P.C. de los años 1994 a 2003, y así sucesivamente en todos y cada uno de los años hasta llegar a la liquidación del año 2003. Lo que indica que también fueron errados los porcentajes allí contenidos.

Otro error que matemáticamente se le endilga en la formula realizada por el Tribunal, corresponde a la aplicación de un divisor fijo de 3.855 que corresponden «I acumulado de días desde el momento en que se desvinculó del Banco demandado y el día en que adquirió el Derecho, para todos los años, sin tener en cuenta que a mediada que en se liquidan los mas antiguos, estos tiempos deben ser rebajados, para que la formula no desequilibre el contenido matemático; porque indexar no ordena el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dividir por el divisor fijo que introduce el Tribunal, sino que indica que ese tiempo se deberá tener en cuenta para promediar el I.B.L.(i), que corresponde a la primera parte de la operación, que no se realiza con el numero de días, sino con la sumatoria de los salarios promediados, que deben tenerse en cuenta para obtener el I.B.L.(i), lo que desfiguró el I.P.C.(i) y el I.P.C.(f), y como consecuencia de ello, también se modificó los porcentajes anuales y también el porcentaje acumulado que certificó el DANE.

Matemáticamente se establece que el porcentaje que utilizó en la formula planteada por el Tribunal para liquidar el porcentaje del año de 1993 es de un 9% del I.B.L.(i), en abierta rebeldía de lo certificado por el DANE para dichos año, que según el DANE, es del 22.50%. De donde se concluye que la formula mencionada se aparta de los porcentajes certificados por el DANE, y de contera, viola flagrantemente el mandato del inciso 3° del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Desarrollando la formula del Tribunal, solo se otorga al trabajador como indexación un 161.08% de los 332.92% que le certifica del DANE de desvalorización acumulada, quedando pendiente de reconocerle al trabajador el 171.84%, todo esto, porque solo realiza el calculo de porcentajes diferentes a los certificados por el DANE, los que suma sin actualizarlos al valor inicial, considerando equivocadamente que en esa forma se realizó la operación de indexar o valorizar la suma inicial.

En gracia de discusión, en el supuesto de que dicha fórmula estuviere bien realizada matemáticamente, porque no se le aumento el I.B.L (i), para que se indique que hubo una verdadera operación de actualizar, porque como ya se dijo, actualizar, indexar o revalorizar, significan: "Devolver a una cosa el valor o estimación que había perdido; - aumentar el valor económico de algo". En el presente caso se le olvidó al Tribunal cumplir con este requisito de la formula.

Todos estos errores que se enrostran a la formula del Tribunal, deben ser resueltos matemáticamente, porque no se puede dejar a los jueces, Tribunales, abogados, matemáticos y demás interesados en obtener las respuesta sobre esta formula, pendientes de una explicación de ese carácter matemático, en consideración que fue la Corte y los Tribunales fueron los que cambiaron la formula contenida en el artículo 11 del decreto 1748 de 1995 y por ende, estamos en espera de los comentarios que resuelva la maraña de interpretaciones que la respecto se ha tejido en torno a la interpretación del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe tenerse en cuenta que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, Revalorizar significa:

“Devolver a una cosa el valor o estimación que había perdido; - aumentar el valor económico de algo”.

Así las cosas, se hace indispensable acudir al contenido de los artículos 1° y 11 del Decreto 1748 de 1995, que debieron aplicarse al sub-judice; normas que fueron expedidas para que se tengan como una: "interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de la ley oscura, de una

manera general, solo corresponde al legislador" como lo dispone el artículo 25 del Código Civil, aplicable al presente caso, por expresa remisión que hace el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo. Las normas mencionadas indican lo siguiente:

“Artículo 1°.- Definición de términos utilizados en este decreto.- Las siguientes definiciones, en orden alfabético, se aplican para efectos de este decreto:

» ACTUALIZAR. Es ajustar el valor monetario con base en el índice de Precios al Consumidor; ver artículo 11. (...)"

El artículo 11 del Decreto en mencionado dispone lo siguiente:

“11.- ACTUALIZACIÓN Y CAPITALIZACIÓN. Para actualizar un valor monetario desde una fecha a otra, se multiplica por el IPCP de la segunda fecha y se lo divide por el IPCP de la primera fecha.

Para precisar la pertinencia de la norma, se debe aclarar que el mencionado Decreto 1748 de 1995, corresponde a un Decreto Reglamentario, dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que la misma parte enunciativa del decreto dispone lo siguiente: "Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los decretos 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115. siguiente y concordantes de la Ley 100 de 1993." (Subrayado y resaltado fuera de texto).

La norma se encuentra vigente y tiene aplicación para efectuar los cálculos de actualización de un valor de una fecha a otra, aún para pensiones por expresa remisión a la ley 100 de 1993, de donde se establece que la formula es de carácter general para toda clase de cálculos.

La formula planteada en el artículo 11 de! decreto 1748 de 1995 se despeja en la siguiente forma:

IPCP (f)

IPCP (i)

Donde: I.B.L (f) - I.B.L. final

I.B.L. (i) = I.B.L. Inicial corresponde al valor de la pensión que le reconoció el BANCO CAFETERO al momento de otorgarle la pensión.

IPCP (f) corresponde a la fecha en que BANCAFE le reconoció la pensión al trabajador, es decir el IPC final.

IPCP (i) corresponde al día de retiro del trabajador de BANCAFE o IPC inicial.

Caso concreto:

I.B.L. (i) 784.985.00 X IPCP (f) 144.307466

I.B.L. (f) = \$3.398.349.82.

IPCP (i) 33.333589

Valor al que se debe sacar el 75% para conocer la mesada inicial. Operación

aritmética:

$3.398.349.82 \times 75\% = \$2.548.762.37$.

Nota: El IPCP (i) como el IPCP (f) tomados de los folios 9 y 12, que se mencionan en este cargo, solamente se mencionan para desarrollar una operación matemática, sin disenter mi modificar su contenido.

Si el Tribunal hubiere interpretado correctamente el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hubiere realizado la operación disminuyendo los días del factor fijo que estableció, en el medida en que se indexaba el año subsiguiente, es decir que para el año 1994 el división sería de 3.519; para el año de 1995 el divisor sería de 3159 días; para el año de 1996 el divisor sería de 2799 días; y así sucesivamente, es decir, descontando el numero de días tenido en cuenta para el año inmediatamente anterior que ha salido de la operación matemática. El resultado en esta forma calculado es similar al de la formula contenida en el artículo 11 del decreto 1748 de 1995, como paso a demostrarlo con las operaciones correspondientes.

“...”

Si el Tribunal hubiere interpretado correctamente el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hubiera aplicado la fórmula del artículo 11 del decreto 1748 de 1995, y por ende, hubiera concedido como primera mesada pensional la suma de \$2.548.762.37 que corresponde al 75% de! I.B.L. (i) que es la suma a de \$784.985 del 19 de enero de 1993 al 9 de octubre de 2003, y por ende, hubiera concedido la pensión solicitada en una cantidad de \$209.215.37 a cargo del Banco Cafetero hoy "en Liquidación", toda vez que a partir del 5 de noviembre de 2003, la demandante empezó a percibir pensión de vejez del I.S.S., en cuantía de \$2.339.547 según Resolución No 113670 de 2004.

De otra parte, como consecuencia de la interpretación errónea mencionada anteriormente, se dejó de aplicar el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que establece el pago de los intereses de mora, derecho que se confirma con lo dispuesto en los artículos 1649 y 1626 del Código Civil.-

El mencionado artículo 141 de la Ley 100 de 1993, solo se aplica para la mora en el pago de pensiones, como se desprende del contenido de la sentencia de Constitucionalidad No C-601 del 24 de mayo de 2000, con ponencia del H. Mag. Dr. FABIO MORÓN DÍAZ, emanada de la H. Corte Constitucional, donde se establece la obligatoriedad del pago de los intereses, cuando hay mora en el pago de dicha obligación y con mayor razón, como en el presente caso, cuando la demandada no ha cumplido con su obligación de indexar la primera mesada pensional, que no es una gracia lo que le otorga la patronal, sino un derecho constitucional adquirido que tiene el trabajador demandante. La sentencia mencionada indica:

"...la Corte debe advertir que los pensionados siempre han tenido derecho al pago de intereses de mora cuando las mesadas correspondientes les han sido canceladas de manera atrasada; por lo tanto, el derecho al reconocimiento y pago de los intereses de mora a los que hace referencia la norma en comento, es un derecho de todos los pensionados, sin importar el momento en el cual se haya reconocido el derecho al disfrute de la pensión respectiva. En consecuencia, como quiera que la disposición acusada no diferencia, como parece suponerlo el demandante, entre quienes adquirieron el derecho pensional antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, y quienes lo adquieren con posterioridad a la misma, es decir, después de la vigencia de la ley de seguridad social, esta Corte en la parte resolutive de su providencia la declarará exequible."

(...) "Finalmente, en cuanto a la acusación dirigida contra el segmento normativo "de que trata esta ley", contenido en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, tampoco comparte la Corte el cargo formulado por el demandante, pues la disposición no se refiere a las personas que hayan adquirido el derecho al pago de su pensión con anterioridad al 1° de enero de 1994, sino que alude al hecho de que la ley 100 de 1993 se refiere a las mesadas pensionales que se pagan con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, pues, repárese, que con la expedición de la ley 100 de 1993, se creó un nuevo régimen de pensiones y de salud, que entró a regir el 1° de abril de 1994. Es decir, en principio esta norma derogó los regímenes especiales anteriores a su vigencia, pero sin duda subsisten algunos regímenes particulares y hay que precisar que la norma acusada tiene un carácter general, aplicable inclusive, para todo tipo de pensiones. Las excepciones expresamente contempladas en el estatuto de seguridad social, tal como lo dispone el artículo 11 de la ley 100, conforme lo consagra la sentencia C-408 de 1994. Dicha disposición establece:"

(...) "Así las cosas, en criterio de la Corte, la disposición cuestionada parcialmente, no hace referencia a los pensionados, como lo expresa el actor, sino que ésta dispone, únicamente, que, al momento de producirse la mora, para efectos de su cálculo se reconoce al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, "la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento de que se efectúe el pago". En consecuencia, para la Corporación, el legislador produjo un cambio en cuanto a la forma como, a partir de la vigencia de la referida disposición, se deben calcular los intereses de mora en caso de un pago atrasado de las mesadas pensionales correspondientes, ya que la legislación vigente hasta el momento en que entró a regir la ley de seguridad social, no era diáfana en la materia. Recuértese, que para un sector de la doctrina, las normas vigentes hasta el momento anterior en que entró a regir la Ley 100 de 1993, preveían una indemnización en caso de mora, en el pago de cualquiera de las mesadas pensionales, esto es, las que tuvieran como origen las pensiones de vejez, invalidez por riesgo común y la de sobrevivientes, la que se calculaba por cada día de retraso a un día de salario, según lo disponía el artículo 8° de la ley 10ª de 1972, reglamentada por el artículo 6° del decreto 1672 de 1973. Pero también, para otro sector de la doctrina, e inclusive para algunos jueces de la República, en ausencia de norma jurídica aplicable a los intereses de mora en materia pensional, acudían por analogía al artículo 1617 del Código Civil Colombiano, en cuanto lo relacionaban con el pago de las pensiones legales, disposición que a la postre fue declarada inexecutable por esta Corporación mediante la sentencia C-367 de 1995 (M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo)."

Se deduce de la sentencia transcrita que los intereses de mora se extendieron a todas las pensiones, sin excepción alguna, porque dicha sentencia tienen su fuente principal en el artículo 243 Constitucional, donde los fallos que profiera la Corte Constitucional en ejercicio del control Constitucional hacen transito a cosa juzgada constitucional y de conformidad con el artículo 21 del decreto 2067 de 1991, son de obligatorio cumplimiento tanto para la administración de justicia como para los particulares, no aceptándose interpretación ni aplicación de norma alguna que contravenga las decisiones de esa alta Corporación.

Corroborar la determinación de la Corte Constitucional, lo dispuesto en el artículo 1649 del Código Civil establece lo siguiente:

"El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo en caso de convención contraria: y sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes.

El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban."
(subrayo).

Debe tenerse en cuenta que el artículo 141 de la Ley 100/93 tiene como objetivo primordial la protección de las mesadas pensionales de las personas de la tercera edad, quien por razones físicas de edad, se encuentra en imposibilidad de conseguir otros recursos para su subsistencia, toda vez que el pago retardado sus mesadas pensionales sin los intereses de mora, correspondería a un pago irrisorio e incompleto, que recibiría mi poderdante, a pesar de la mora en el pago de la indexación y su reconocimiento por parte de la patronal.

La norma transcrita no distingue si la sanción moratoria se aplica por la falta de pago total o parcial, toda vez que dicha circunstancia se halla plenamente regulada por el artículo 1649 del Código Civil, que debe aplicarse al presente caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 en concordancia con el artículo 19 del C.S.T., que establecen la aplicación analógica de las normas, circunstancia que nos remite a la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia - Sala Civil que en sentencia del marzo 30 de 1984 que al respecto aclaró lo siguiente:

"El pago para que tenga entidad de extinguir la obligación debe hacerlo el deudor al acreedor en las condiciones establecidas por la ley, entre las cuales merece destacarse el de que se debe efectuar en forma completa, o sea, que mediante él se cubra la totalidad, a virtud de que el deudor no puede compeler al acreedor a que le reciba por partes, salvo estipulación en el punto, pues sobre el particular establece el inciso segundo del artículo 1626 del Código Civil que "el pago efectivo es la prestación de lo que se debe" y, para que sea cabal, integro o completo, debe hacerse, además, con sus intereses e indemnizaciones debidas, tal como lo reza el inciso segundo del artículo 1649 ibídem cuando dispone que "El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban"

"2.- Partiendo del postulado legal de que el pago para que extinga la obligación debe ser completo, no se da tal

fenómeno, especialmente respecto de los deudores morosos de obligaciones de dinero, cuando estas pagan con moneda desvalorizada, o sea, sin la consiguiente corrección monetaria, pues en tal evento se trata de un pago ilusorio e incompleto, como acertadamente lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia, no solo nacional sino foránea, la cual insiste en que si la obligación no es pagada oportunamente, se impone reajustarla, para representar el valor adecuado, porque esa es la única forma de cumplir con el requisito de integridad en el pago"

(...) De suerte que no resulta ser exacto y legal que el deudor moroso que paga con moneda desvalorizada, extinga en esas condiciones real e íntegramente la obligación por él debida y, menos, que el pago así efectuado sea justo y equitativo, como quiera que de aceptarse obtendría un provecho indebido, producto de su propio incumplimiento y con desmedro económico para el deudor" (resalto).

Es aquí donde se aprecia que todo argumento jurídico de la parte motiva que tenga nexo causal con la parte resolutive de la sentencia de constitucionalidad mencionada hace parte de la cosa juzgada constitucional de que trata el artículo 243 de la Constitución. En el presente caso, cada parte de la motivación tiene un "nexo" estrecho, directo e inescindible con la parte resolutive, para que configure la ratio decidendi constitucional y obligatorio como fuente del derecho, como se aprecia en la sentencia mencionada.

Al igualmente que en la petición de la petición de indexación de la mesada pensional, solicito para el pago de los intereses, se sirva aplicar al presente caso, el derecho a la favorabilidad

consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política que impone al interprete de las fuentes formales del derecho laboral, aplicar la interpretación que más favorezca al trabajador, cuando existe duda, en la interpretación de ellas.”

LA RÉPLICA

Alega que no es admisible endilgar interpretación errónea al Tribunal por el solo hecho de no acoger la interpretación que más le favorece al trabajador. De otro lado, afirma que aquél no incurrió en interpretación equivocada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque la fórmula adoptada en la sentencia se ajusta a los parámetros legales previstos en ese precepto, que se concreta en que, a partir del salario promedio devengado por la actora en el último año de servicios, se actualiza anualmente conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor, hasta la fecha en que se consolida el derecho pensional, cuyo resultado ponderado debe ser multiplicado por el número de días que hay entre la fecha de retiro y la del cumplimiento de la edad para, finalmente, a la suma de tales resultados, aplicar el 75%, todo lo cual fue realizado por el ad quem, lo cual dio por resultado una mesada inferior a la cancelada por el ISS, por lo que no había mayor valor a cancelar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No se discuten los siguientes supuestos de hecho: la actora laboró para el Banco desde el 18 de septiembre de 1970 hasta el 19 de enero de 1993; su empleador le concedió pensión de jubilación, conforme a la Ley 33 de 1985, en cuantía inicial de \$588.739.00, a partir de dicha fecha de egreso, equivalente al 75% de su último salario promedio de \$784.985. El ISS le concedió pensión de vejez, TAMBIÉN DESDE ESA MISMA FECHA, en cuantía inicial de \$2.339.547.00 (fls. 62, 63). En la Resolución 048 de 2004, con la que Bancafe le otorgó la pensión, se advirtió que cuando la accionante obtuviera el reconocimiento de la pensión por parte del ISS, el empleador solo pagaría la diferencia entre la pensión otorgada por el Instituto y la cancelada por el Banco (fl. 15 cdno jdo.)

Aun cuando el ad quem, como se dijo, reconoció la procedencia de la indexación de la base salarial sobre la que se liquidó la pensión otorgada por el Banco, y determinó que ella debió ascender a \$1. 233.198.57, confirmó la sentencia absolutoria de la a quo al contrastar este guarismo con el de \$2.339.547 reconocido por el ISS a partir de la misma fecha en que se reconoció la pensión por el demandado, al activar la condición extintiva prevista por la Resolución 048 de 2004 antecitada.

Sin embargo, la accionante cuestiona la fórmula utilizada por el Tribunal para determinar la indexación, para lo cual alega y expone la que estima debió ser la correcta, con la cual la cuantía inicial de la pensión sería superior a la del ISS, y se generaría un mayor valor que estaría aún a cargo del demandado.

Como sobre la indexación de las pensiones de quienes egresaron de sus empleos antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, con tiempo suficiente de servicios, y cumplieron la edad correspondiente después de entrar en vigor la nueva Carta Política de 1991, o aquella preceptiva en 1994, se ha admitido la procedencia de la indexación de su salario base de liquidación, es de señalar, entonces, que respecto del procedimiento a seguir para determinar aquélla, la postura actual y vigente de la Sala es la siguiente, vertida en la sentencia del 13 de diciembre de 2007 radicado 30602, en la que se dijo:

“Frente a la temática propuesta por el censor, esta Sala de la Corte se ha pronunciado en varias

ocasiones fijando parámetros y directrices para estructurar e implementar la fórmula que más se ajuste a estas eventualidades con características especiales, donde se respete el propósito del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hasta llegar a aquella que el fallador de alzada aplicó al presente asunto que 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 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>.

Mas sin embargo, bajo un nuevo examen del tema, estima la Sala que debe revisar las pautas que en un principio se adoptaron para la aplicación de la fórmula matemática que sirvió para dar efectividad al mecanismo de la actualización aludida, ello para el contingente de trabajadores que se hallen en las circunstancias especiales antedichas, y bajo esta órbita modificar su criterio; no sin antes poner de presente, que la fórmula que ha venido utilizando en casos semejantes, al haber sido objeto de cuestionamiento a través de tutela, la Corte Constitucional, en su Sala Sexta de Decisión consideró que “la adopción de metodología de cálculo adoptada por los jueces se fundamentó suficientemente, estuvo basada en razones de peso y no puede, por ese hecho, catalogarse como arbitraria”. (Sentencia T-440 de 1 de junio de 2006); sin embargo, esa misma Corporación, a través de la sentencia de tutela T-425 de 2007, siguiendo un criterio jurisprudencial distinto al antes referido, decidió aplicar la fórmula según la cual debía multiplicar el valor histórico que se traduce en el “promedio de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, entre el índice inicial...” con el argumento de que “refleja criterios justos equitativos...”

Partiendo entonces, de que el cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional, esto es, garantizar que los ingresos que integran ese IBL conserven su valor, se estima que en asuntos donde sea procedente la actualización, dicho fin se logra adecuando el mencionado precepto legal a cada situación, y en términos de la fórmula a aplicar, buscar la que más se ajuste al mecanismo de mantener el poder adquisitivo de las pensiones.

En este orden de ideas, el tomar el valor monetario a actualizar y multiplicarlo por el índice de precios al consumidor final y dividirlo por el IPC inicial, es dable sostener que esta fórmula también cumple a cabalidad con el designio y espíritu de la norma en comento y demás postulados de rango constitucional que en materia pensional consagran los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación y establecer el monto de la primera mesada en aquellos casos no contemplados en la ley de seguridad social, empero observando la variación del IPC para cada anualidad en la medida que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así lo exige; lo cual es semejante a la fórmula que viene aplicando la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado.

Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

$$VA = VH \times \underline{IPC \text{ Final}}$$

IPC Inicial

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas.”

Conforme a lo expresado, el cargo es fundado y, al observarse que, con base en la aplicación de dicha posición, la cuantía inicial de la pensión que otorgó el Banco resulta ser superior a la del ISS, habrá de casarse la sentencia, no parcialmente, como se deprecó, ya que el hecho de admitirse la procedencia de la indexación no implicó diferencia alguna en la parte resolutive, confirmatoria de la absolución total.

Dado que la finalidad perseguida por la accionante la obtiene al prosperar este cargo, deviene en inocuo el estudio del segundo.

En sede de instancia, basta concretar que el salario promedio con que egresó la actora, \$784.985.00, se multiplica por el índice de precios al consumidor final, certificado para octubre de 2003, 136.8100, y dividido por el IPC inicial, 33,3336, se obtiene un salario actualizado de \$3.221.788.16, cuyo 75% es \$2.416.341.12, que es la cantidad a la que debió ascender la cuantía inicial de la pensión reconocida a la actora por el Banco, a partir del 9 de octubre de 2003.

Como esta pensión resulta ser superior a la de \$2.339.547 reconocida por el ISS desde ese mismo 9 de octubre de 2003, se produce una diferencia, o mayor valor, de \$76.794.1, a favor de la actora y a cargo del banco enjuiciado, desde el 9 de octubre de 2003, susceptible de ser reajustada conforme a ley, y no sujeta a la restricción de 13 mesadas contemplada por el inciso 8° del Acto Legislativo N° 1 de 200 por ser anterior a la vigencia de éste. En total, por dicho concepto, hasta el 30 de marzo de 2009 se adeudan, hechas las operaciones aritméticas, \$6.663.500.3. En este año, 2009, es de señalar, para que sobre esta cantidad se haga el resto de pagos y el reajuste en el año 2010, la diferencia asciende a 107.552.18 mensuales. No hay lugar a prescripción alguna dada la oportunidad con que se ejercitó la acción. Tampoco, ante lo motivado, prospera ninguna de las excepciones propuestas.

De otro lado, no hay lugar a imponer los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, puesto que, conforme lo ha adoctrinado mayoritariamente la Sala, ellos proceden cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral.

Y es que, como lo ha reiterado esta Sala, 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, al provenir de la Ley 33 de

1985.

Sin costas en casación por haber prosperado el recurso; las de primera y segunda instancia se imponen a cargo de la parte vencida.

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, CASA la sentencia proferida por Sala Laboral del Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de agosto de 2006, en el proceso ordinario adelantado por la señora ELSA ROSARIO DÍAZ RUBIANO en contra del BANCO CAFETERO - BANCAFÉ. En sede de instancia, revoca parcialmente el fallo de primer grado, en sus numerales primero y segundo para, en su lugar: a) DECLARAR que la cuantía inicial de la pensión reconocida por el demandado a la señora Elsa Rosario Díaz Rubiano mediante Resolución 048 de 2 de marzo de 2004, debió ser de \$2.416.341.12., b) Condenar al Banco Cafetero – Bancafé, a pagar a la citada demandante la suma de \$6.663.500.30 por concepto de mayor valor dejado de pagar desde el 9 de octubre de 2003 hasta el 30 de marzo de 2009, cuya cancelación tiene el mismo carácter vitalicio de la pensión de vejez, el cual asciende, en el año 2009, a ciento siete mil, quinientos cincuenta y dos pesos con dieciocho centavos (\$107.552.18) mensuales.

Costas conforme se indicó en la parte motiva.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL.

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

EDUARDO López Villegas

Luis Javier Osorio López

CAMILO TARQUINO GALLEGO

ISAURA VARGAS DÍAZ

marÍA ISMENIA GARCÍA MENDOZA

SECRETARIA

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

