

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL
JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

Magistrado Ponente

SL5504-2014

Radicado no. 55550

Acta No. 14

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil catorce (2014).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de CARLOS MANUEL PEÑA ZAMUDIO contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en descongestión, el 29 de julio de 2011, en el proceso seguido por el recurrente contra el BANCO POPULAR S.A.

I-. ANTECEDENTES

En lo que interesa al recurso impetrado, se ha de indicar que el demandante, reclama el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, a partir del 15 de marzo de 2007, junto con el pago de: prima, mesadas dejadas de cancelar, auxilio de pensión convencional, costas, agencias en derecho y demás derechos pensionales.

Respalda la súplica anterior así: ingresó a la entidad demandada desde el 29 de mayo de 1972, en calidad de trabajador oficial; tiene contrato laboral vigente con la demandada; se desempeña actualmente en el cargo de Gerente Nacional de Servicio al Cliente en la Casa Matriz; al momento de suscribir el contrato de trabajo la pasiva era una entidad Oficial de economía mixta adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como empresa industrial y comercial del Estado; cumplió 20 años al servicio de la demandada el 20 de mayo de 1992; nació el 15 de marzo de 1952; al 27 de abril de 2010 tenía un sueldo integral básico de \$13.620.552.00; la Convención Colectiva de Trabajo vigente otorga a los trabajadores una bonificación de retiro por

pensión; agotó la reclamación administrativa el 12 de marzo de 2010.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El banco se opone a todas las pretensiones y formula las excepciones de prescripción, pérdida del régimen de transición, subrogación del riesgo de vejez por parte de ISS o por el Fondo Privado de Pensiones e inexistencia del derecho.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 3 de diciembre de 2010, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR al BANCO POPULAR S.A., representado legalmente por el Dr. José Hernán Rincón Gómez o por quien haga sus veces, a reconocer la pensión de jubilación al señor CARLOS MANUEL PEÑA ZAMUDIO, en cuantía mensual de \$5.787.000, y al pago de las mesadas pensionales y sus incrementos anuales, la cual será efectiva a partir del 15 de marzo de 2.007, limitada a demostrar el retiro definitivo del servicio para el disfrute de la pensión, y hasta que el Instituto de Seguros Sociales asuma la de vejez, momento en el cual la demandada cancelará el mayor valor si lo hubiere.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada BANCO POPULAR S.A., a indexar la primera mesada pensional del demandante, cuando se cause el disfrute de la prestación, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de ésta providencia.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada Banco Popular.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Banco Popular S.A. Tásense.”

II-. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El ad quem, al decidir los recursos impetrados por las partes, el 29 de julio de 2011, resolvió:

“PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia apelada, y en su lugar CONDENAR al Banco Popular a reconocer a favor del señor CARLOS PEÑA ZAMUDIO la pensión de jubilación, junto con sus incrementos anuales, **la cual será liquidada conforme lo estipulado por el inciso 3° de la Ley 100 de 1993, limitada a demostrar el retiro definitivo del servicio para el disfrute de la pensión**, y hasta que el ISS asuma la de vejez, momento en el cual la demandada cancelará el mayor valor si lo hubiere, aclarando que en caso que el monto de la pensión sea superior a 3 salarios mínimos no tendrán derecho al pago de la mesada 14,....

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de la indexación de la primera mesada pensional.

TERCERO: CONFIRMAR todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.”

En lo que interesa al recurso extraordinario, asentó:

“POR EL DEMANDANTE (FOLIOS 105 A 106). Inconforme la parte demandante con la

decisión adoptada interpone recurso de apelación contra ella refiriéndose a que la pensión debe ser liquidada con el promedio de lo devengado en el último año de servicios; que se trae al plenario la convención colectiva de trabajo, que regula el auxilio por reconocimiento pensional, a fin que se atienda la súplica tercera del petitum de la acción.

(...)

Llega a esta Instancia Superior el presente caso, demostrando inconformidad ambas partes con la decisión adoptada por el a quo, razón por la cual se estudiarán cada uno de los recursos presentados por las partes en litigio.

POR LA PARTE DEMANDANTE

Inicia su recurso el accionante, haciendo referencia a que el monto de la pensión debe otorgarse con el 75% por haberse cumplido los 20 años de servicios.

Para resolver este punto, debe aclararse a la parte accionante que su pretensión no tiene visos de prosperidad, pues fue claro el a quo en su sentencia de primer grado al aclarar que el salario devengado por el actor era integral, cuando a folio 96 dijo:

'Sin embargo entratándose de salario integral, el cual era el devengado por el actor como quedó demostrado con anterioridad, se calculará sobre el 70% de dicho salario, tal y como lo dispone el inciso 4 de la Ley 797 de 2003, que a la letra dice:

'Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario'

Así las cosas, y como quiera que según el informe presentado por el Instituto de Seguros Sociales (fl. 63), para la fecha en que el actor cumplió los requisitos para la prestación (marzo de 2.007), se encontraba cotizando con \$7.716.000, el 75% corresponde a \$5.787.000”.

Con lo anterior queda claro que el 70% de que trata la primera instancia es con referencia al salario integral devengado por el demandante, razón por la cual se confirmará lo decidido en este punto.

Por otra parte, solicita que se tenga en cuenta la convención colectiva de trabajo traída al plenario, con el fin de atender a súplica tercera de la demanda.

Sobre este punto es del caso informar que tampoco es procedente, pues si se aceptara tener en cuenta la convención colectiva de trabajo que se trajo en este momento procesal al plenario, se estaría violando el derecho a la contradicción a la parte demandada, razón por la cual se negará dicha pretensión.

(...)

POR LA DEMANDADA

(...)

Con respecto a este punto, es del caso aclarar que son dos errores en los cuales incurre el a quo, lo que conlleva a que la parte demandada tenga la razón, nos explicamos:

Lo primero sería decir que comete error la primera instancia al declarar que la pensión será

efectiva desde el 15 de marzo de 2007, limitada a demostrar el retiro definitivo del servicio, pues esto es totalmente incompatible, ya que a pesar de que el status de pensionado se obtuvo el 15 de marzo de 2007 lo cierto es que al no haberse demostrado el retiro definitivo y al estar recibiendo salarios, no puede ser concedida la pensión.

Y segundo al no haberse retirado del servicio no puede ser indexada la primera mesada pensional, pues lo que se busca con indexar la primera mesada pensional es salvaguardar la pérdida adquisitiva de la moneda desde el momento del retiro hasta cuando se obtenga el derecho pensional, y como en el presente caso el demandante todavía se encuentra activo, no habría lugar a realizar indexación alguna.

Teniendo en cuenta lo anterior se absolverá a la demandada de la indexación de la primera mesada pensional, y la pensión se concederá a partir de que se demuestre el retiro definitivo y no a partir del momento en que se obtuvo el status de pensionado.

(...)

El problema jurídico a resolver por la Sala en este punto, se centra también en establecer cual fue el procedimiento que se utilizó para obtener el ingreso base para liquidar la pensión del actor, que fue concedida por vía del régimen de transición.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 prevé:

(...)

Cabe subrayar, que la definición del ingreso base de liquidación (IBL) de las pensiones en el régimen de transición, tanto en los sectores público como privado, ha sido objeto de diferentes y disímiles interpretaciones desde el punto de vista jurisprudencial, en las cuales se puede definir como el punto más debatible, si el IBL de la pensión forma parte integrante del concepto de “MONTO” de la misma para efectos del régimen de transición, o si por el contrario, (sic) monto hace referencia únicamente a una tasa de reemplazo, es decir, hace mención únicamente a un porcentaje sobre el IBL ya obtenido y que se logra según lo indica el Inc. 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha expresado que el monto de la pensión a que hace referencia en el inciso 2° (es decir, el establecido en el régimen anterior) es el porcentaje que se debe aplicar al IBL y que dicho IBL es el descrito o el que se obtiene en el inciso 3° del artículo en estudio.

Afirmó así mediante sentencia de radicación 10.440 de marzo de 1998 M.P. JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA que “...el ingreso base de liquidación de pensión de vejez de quienes al primero de abril de 1994 (fecha de vigencia del sistema general de pensiones) les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, así este sea inferior a dos años, 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, con lo que preserva la igualdad de regímenes resultante de la sentencia de inconstitucionalidad”.

Por su parte el Consejo de Estado apartándose de la posición de la Corte Suprema sostiene que el IBL es el mismo monto a que se hace referencia en el inciso 2°, es decir, el monto establecido en el régimen anterior al cual se encontrara afiliada la persona, lo que conlleva acudir al régimen

anterior respecto al porcentaje de pensión como también en lo que tiene que ver con la base de dicho porcentaje. Así por ejemplo afirmó el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 21 septiembre de 2001, Radicación 470/1999, Sección Segunda, C.P. NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA, lo siguiente:

(...)

Lo anterior fue reiterado también en sentencia de la misma corporación, sección segunda, Sentencia 13 de marzo de 2003 Rad. 4526-01.

Para este Cuerpo Colegiado, no cabe duda que el criterio jurisprudencial adoptado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es el acertado, comoquiera que el legislador para efectos de amparar las expectativas de los derechos pensionales amparados bajo el artículo 36, podía, como lo hizo en el inciso 3° (sic) de la Ley 100 de 1993, modificar en parte aspectos contemplados en las normas anteriores como era el IBL; nótese como de la redacción de la norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia (C-168 de 1995), se desprende la intención clara del legislador de precisar el concepto de Ingreso Base de Liquidación de las personas referidas en el inciso anterior y que no son otras que las amparadas por el régimen de transición.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para la Sala que la liquidación realizada por el a quo es totalmente contraria a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia, pues no se aplicó en debida forma el artículo 36 tantas veces citado, por lo que modificará en numeral primero de la sentencia apelada, en lo concerniente al IBL, el cual deberá calcularse conforme lo estipulado por el Inciso 3° antes citado.

(...)

Con respecto a este punto es dable informar que el a quo en ningún momento hizo referencia a las mesadas adicionales, pero se hace necesario aclarar lo referente a este.

El Acto Legislativo 01 de 2005 en su artículo 1° enseña:

(...)

Entonces teniendo en cuenta lo anterior, se adicionará al numeral primero de la sentencia apelada que si el monto de la pensión del demandante resultare superior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, entonces no tendría derecho al pago de la mesada 14.”

III-. RECURSO DE CASACIÓN

Al disentir el demandante de la sentencia del ad quem interpone recurso de casación a través del cual pretende se “CASE en su integridad la sentencia impugnada en casación, proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 29 de julio de 2.011; constituida en sede de instancia revoque parcialmente la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 3 de diciembre de 2.010, en cuanto: a) la cuantía mensual de \$5.787.000, establecida erróneamente como monto de la pensión inicial y b) la limitación improcedente de “demostrar el retiro definitivo del servicio para el disfrute de la pensión”, contenidas en el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia del a quo, Instituida la Sala como juez de instancia confirme parcialmente lo dispuesto por la juez de primera instancia de ordenar el reconocimiento y pago de la pensión deprecada, a partir del 15 de

marzo de 2007, modificando la condena a la demandada, ordene el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación sin la limitación alguna, a partir del 15 de marzo de 2007 conforme los términos precisados en la Ley 33 de 1985, artículo 1°, en cuantía equivalente al 75% del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, en la suma que establezca la H. Corte Suprema de Justicia, así como la indexación de las mesadas pensionales ocasionadas, conforme la reiterada doctrina jurisprudencial de esa Alta corporación.

Subsidiariamente, se condene a la demandada a reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación, a partir del 15 de marzo de 2007, o la fecha que establezca la Corte Suprema, liquidada conforme al último salario devengado en la fecha que ordene la H. Sala de Casación Laboral, anualmente reajustada e indexada de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor (IPC), establecido por el DANE.

(...)

Sobre costas proceden a cargo de la demandada en todas las instancias, en razón a su conducta procesal, negativa del derecho pensional, rebeldía y desconocimiento de la Ley y la reiterada jurisprudencia de la Honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.”

Con tal propósito formula tres cargos, de los cuales la Sala estudiará de manera conjunta por perseguir el mismo fin, pese a invocar vías diferentes, así:

PRIMER CARGO

“...la sentencia impugnada infringe directamente, por falta de aplicación los artículos: 1° de la Ley 33 de 1985 en relación con los artículos 1, 3, 4, 10, 11, 14, 18, 21, 36, 275, 273, 288, 289 de la L.100/93, modificada por la L.797/03; D.1848/69 art.76,77 (sic) art.37, num.8,305, 357 del C.P.C.; 27, 1603.(sic)1604, 1.608, 1.610, 1.616 y 1.617 del C.C.; 49,50 del C. P. L., concordantes con los artículos 1°, 2°, 12, 13, 29, 16 (sic) 48, 53, 58, 83, 228, 230 y Preámbulo de la Constitución Política; Acto Legislativo #01 artículos 112, 113 y 206 del D. 2498 de 1988; artículos 14, 19, 21, 55, 57, 59, 67 a 70 y 260 del C.S. del T. y S.S., Ley 797/03, D.1748/95.”

En la demostración del cargo, señala el recurrente que esta Corporación ha reiterado en múltiples sentencias la calidad de trabajadores oficiales de aquellos empleados que desde antes de la privatización de la entidad bancaria se vincularon a ella.

Expone, que la norma citada por el ad quem en sus consideraciones no existe -inciso 4 de la Ley 797- y que si pretendió aplicar el artículo 5° de la Ley 797 (sic), que reformó el inciso 4 y parágrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, incurrió en error el Tribunal al confirmar la liquidación del monto de la primera mesada pensional efectuada por el a quo con base en aquélla, toda vez que debió aplicar lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.

Indica el recurrente que, no obstante el ad quem afirmó que se confirmaría todo lo decidido por el juez de primera instancia, consideró que la liquidación realizada por el a quo es contraria a la adoptada por esta Corporación, al no haber aplicado en debida forma el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; pese a que el juez de primera instancia no hizo referencia al tema relacionado con el reconocimiento y pago de la mesada 14 transgredió el principio de la no “Reformatio In Pejus” cuando en las consideraciones hizo referencia al Acto Legislativo 01 de 2005, haciendo más gravosa la situación de la parte demandante recurrente, dado que, dicho aspecto no fue materia de pronunciamiento por parte del juzgado de primera instancia, violando así, el artículo 305 del C.P.C, al no haber sido, dicho aspecto, objeto de debate procesal, ya que

el demandante no planteó en la demanda el reconocimiento de dicha mesada.

Expone que, el ad quem al desconocer lo dispuesto en el artículo 21 del C.S. del T. y ordenar una liquidación con base en un procedimiento de la Ley 100 de 1993, no solo violó la ley por la falta de aplicación del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 -el cual sirvió de fundamento en la decisión de primera instancia- sino que también, transgredió el debido proceso, la justicia, la seguridad social y el principio de inescindibilidad de la ley.

Transcribe apartes de la sentencia proferida por la Corte Constitucional con radicado T-019 de 2009.

Indica que el ad quem desconoció que la pensión deprecada es la propia de los trabajadores oficiales, al haber apoyado su decisión en la sentencia proferida por esta Corporación, con radicado número 10440 de marzo de 1998, que hace referencia a pensiones de vejez.

Señala que, al devengar el demandante salario integral, los aportes realizados al Sistema de Seguridad Social, se hicieron sobre la base del 70% de dicho salario, atendiendo lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 18 de la Ley 100 de 1993; el ad quem incurrió en error por falta de aplicación de la Ley 33 de 1985, al ordenar la liquidación de la pensión deprecada, bajo los parámetros del inciso 3° de la Ley 100 de 1993 (sic); al haber percibido el actor para la fecha en que reunió los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de la pensión deprecada -15 de marzo de 2007- un salario integral de \$11.645.777, y aplicada la tasa de reemplazo -75%-, se debió haber fijado como mesada pensional la suma de \$8.734.285.71; la normatividad que le es aplicable al sub lite es la Ley 33 de 1985, el Decreto 1848 de 1969 y el Decreto Reglamentario 3135 de 1968, por ser beneficiario del régimen de transición.

Expone que el demandante dentro del término legal reclamó oportunamente -el 12 de marzo de 2010- el reconocimiento y pago de su derecho pensional, para que le fuera concedido a partir del 15 de marzo de 2007-fecha en que ajustó 55 años de edad-; que el ad quem restringió, ilegalmente, el disfrute de la pensión de jubilación, pese a que la Ley 33 de 1985, no consagra limitación alguna, pues solo dispone su reconocimiento al momento en que el empleado llegue a la edad de 55 años; que esta Corporación en casos similares al del sub lite ha consagrado la transición legal prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como fuente legal para el reconocimiento pensional con base en el régimen anterior, que no es otro que el previsto en la Ley 33 de 1985.

Afirma la censura que, ante la negativa del reconocimiento de su derecho pensional, el actor se vio obligado a seguir laborando, contra su voluntad, al servicio de la entidad Bancaria, como consecuencia de los efectos de la subordinación y el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Alega que, una vez cumplidos los requisitos de edad y tiempo de servicio surge la obligación legal de reconocer el derecho pensional -por ser un derecho adquirido-; que no hay incompatibilidad entre el pago de salarios y el de las mesadas pensionales, al no existir doble erogación de los recursos del erario, porque a la fecha del reconocimiento de la prestación -15 de marzo de 2007- la entidad Bancaria era ya una entidad privada.

Insiste en que el a quo al omitir la aplicación, en su integridad, de la Ley 33 de 1985, y aplicar el inciso 4 de la Ley 797 de 2003 (sic) -inciso 4 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993- concluyó equivocadamente que:

'Así las cosas, y como quiera que, según el informe presentado por el Instituto de Seguros

Sociales (f. 63), para la fecha en que el actor cumplió los requisitos para la prestación (marzo de 2007) se encontraba cotizando con \$7.716.000 el 75% corresponde a \$5.787.000.

Como consecuencia de lo anterior se condenará a la demandada a pagar la pensión de jubilación al demandante en cuantía mensual de \$5.787.000, y al pago de las mesadas pensionales y sus incrementos anuales, la cual será efectiva a partir del 15 de marzo de 2007, limitada a demostrar el retiro definitivo del servicio para el disfrute de la pensión.'

Finaliza diciendo que, el juez de primera instancia empleó una norma legal equivocada, inciso 4 de la Ley 797 de 2003 (sic) por cuanto, aquella sólo dispone la base de cotización de los trabajadores dependientes de los sectores privado y público, que se efectúa a fin de cubrir las contingencias del Sistema de Seguridad Social, en pensiones y salud, sin que haga referencia a la liquidación de la pensión de jubilación, como sí lo hace expresamente el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

SEGUNDO CARGO

“... la sentencia impugnada infringe directamente, por interpretación errónea del inciso 3° (sic) en relación con los artículos: 1° de la Ley 33 de 1985, 1, 3, 4, 10, 11, 14,18, 21, 36, 275, 273, 288, 289 de la L.100/93, modificada por la L.797/03; D.1848/69 art,76,77 (sic) art.37, num.8, 305, 357 del C. P. C.; 27, 1603, 1604, 1.608, 1.610, 1.616 y 1.617 del C.C.; 49,50 del C. P. L., concordantes con los artículos 1°, 2°, 12, 13, 29, 16 48, 53, 58, 83, 228, 230 y Preámbulo de la Constitución Política; Acto Legislativo #01 artículos 112, 113 y 206 del D. 2498 de 1988; artículos 14, 19, 21, 55, 57, 59, 67 a 70 y 260 del C.S. del T. y S.S., Ley 797/03, D.1748/95.”

En la demostración del cargo señala el recurrente que de haber aplicado el Tribunal correctamente las normas enlistadas hubiese confirmado la decisión de su inferior de tal forma que no hubiese condicionado el derecho pensional, ni la forma de liquidarlo de conformidad con lo consagrado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985; agrega, que esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha accedido al reconocimiento y pago de pensiones como la que aquí se reclama.

Indica que el Tribunal interpretó y aplicó indebidamente el inciso 3° de la Ley 100 de 1993 (sic) probablemente haciendo referencia al artículo 36 de la misma ley, y dejó de aplicar lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, a efectos de establecer el IBL pensional apoyándose en un antecedente jurisprudencial proferido por esta Corporación de radicado 10.440 de marzo de 1998, que hace referencia al IBL de pensiones de vejez, por lo que desconoció que la pensión deprecada es la propia de los trabajadores oficiales; que el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 es preciso y contundente pues consagra que el derecho pensional se adquiere cuando el trabajador cumpla con los dos requisitos 20 años de servicio, continuos o discontinuos al servicio del estado y llegue a la edad de 55 años; agrega que dicha disposición consagra que la prestación será en cuantía del 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios; que se efectuaron los aportes al ISS sobre la base de un salario integral de \$11.645.777, por lo que se cotizó sobre el 70% de dicho salario, como lo dispone el inciso 5 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

Adiciona que es beneficiario del régimen de transición; que presentó reclamación administrativa el 12 de marzo de 2010, a fin de obtener el reconocimiento y pago de su derecho pensional, a partir del 15 de marzo de 2007; que al interpretar y aplicar erróneamente el inciso 4° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el ad quem restringió ilegalmente su derecho constitucional, al

manifestar, que su disfrute quedaría condicionado a su retiro definitivo del servicio, al no haber norma que así lo consagre, por lo que incurrió en la falta de aplicación del artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Expone el recurrente, que ante la negativa de la demandada en reconocerle el derecho pensional deprecado, se vio forzado por efectos de fuerza mayor subordinante a continuar laborando contra su voluntad al servicio del Banco, privado; que la entidad demandada faltó al principio de lealtad y buena fe con sus empleados al negarles el derecho pensional, pasando por alto la jurisprudencia proferida por esta Corporación, que desde hace más de seis décadas ha precisado la obligación de reconocer y pagar las pensiones de jubilación de sus trabajadores oficiales y la ley.

Afirma el recurrente que el demandante no tiene la obligación legal de soportar la carga negativa y además ser gravado o limitado en su derecho, por la actitud deliberada de la entidad bancaria al negar su reconocimiento; que acertadamente el a quo resolvió reconocer el derecho pensional a la luz del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, a partir de la fecha en que cumplió los requisitos legales, pero equivocadamente dejó en manos de la demandada el reconocimiento pensional al diferir el pago y los efectos patrimoniales de tal declaración a la fecha en que el trabajador quede cesante en sus funciones, dado que el Tribunal limitó su disfrute a demostrar su retiro definitivo, desconociendo la culpa moratoria en que la demandada incurrió por lo que no debió limitar y restringir el derecho pensional.

Adiciona que, el principio de la buena fe contenido en los artículo 83 de la C.P., 55 del C.S. del T. y 1603 del C.C. debe aplicarse al sub lite; que de haber acudido el ad quem, a los principios de equidad y derecho, debió condenarse a la demandada al reconocimiento pensional desde la fecha en que lo ordena la Ley 33 de 1985, sin imponer limitación ni restricción alguna, por no existir disposición que motive la limitación impuesta por los juzgadores de instancia; que el derecho pensional nace a partir del momento en que se cumplen los requisitos de ley -edad y tiempo de servicio-, que en el sub examine se hace efectivo desde el 15 de marzo de 2007-fecha en que cumplió 55 años de edad el actor-; dicha prestación, es compatible con el salario que devenga actualmente, toda vez que el trabajador se vio obligado a seguir laborando contra su voluntad ante la negativa de la pasiva frente al reconocimiento de la pensión de jubilación; agrega, que al ser la demandada una entidad de naturaleza privada a partir de 1996, no que se configura una doble erogación a cargo del Estado.

Expone que la norma a aplicar, en el caso bajo estudio es el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, que dispone el reconocimiento de una pensión de jubilación en una cuantía equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio; afirma que, el ad quem faltó a los deberes contenidos en el art. 230 de la C.P. al no aplicar la preceptiva indicada; que el juez de segunda instancia omitió los principios al debido proceso, el imperio de la Ley, la equidad, la jurisprudencia y los principios generales del derecho.

Señala que el a quo no debía hacer mención al inciso 4° del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el inciso 4° de la Ley 797 de 2003, toda vez que aquel solo hace referencia a la base de cotización de los trabajadores dependientes de los sectores privado y público, pues dicha disposición no contiene el porcentaje de liquidación de la pensión de jubilación, como sí lo hace expresamente el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Indica que el ad quem al interpretar y aplicar erróneamente el inciso 3° de la Ley 100 de 1993 (sic), reduce drásticamente el monto pensional establecido legalmente en la Ley 33 de 1985,

causándole un grave y evidente perjuicio patrimonial y pensional al demandante, desconociendo el contenido del artículo 53 Superior, que consagra la aplicación de la situación más favorable al actor en caso de duda.

RÉPLICA

Presenta el opositor réplica conjunta a los dos primeros cargos así:

Expone que en aquellas controversias, en las que se ha establecido el cambio de naturaleza jurídica de la entidad demandada, a partir del 21 de noviembre de 1996, de sociedad de economía mixta a sociedad anónima de derecho privado, esta Corporación nunca les ha reconocido la calidad de trabajadores oficiales a aquellos empleados vinculados a partir de dicha fecha; considera que frente a la discusión sobre el monto de la pensión de jubilación que le corresponde al actor, resulta un tema inoportuno, por cuanto esta prestación sólo se hará efectiva cuando el trabajador se desvincule de la sociedad demandada.

Transcribe apartes de la sentencia proferida por esta Corporación el 13 de julio de 2010, radicado n° 39.789.

TERCER CARGO

“... acuso la sentencia por la causal primera de casación, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial, por cuanto la sentencia impugnada infringe los artículos 1°, 3°, 4°, 11, 13, 14, 18, 21, 36, 50, de la Ley 100 de 1993, artículos 14, 21, 55, 129, 132 del C. S. del T. y S.S., Ley 50/90, art. 18, concordantes con los artículos 1°. 2°, 29, 48, 53 y 83 de la C. P., en relación con los artículos 4°, 9°, 1.603 del C. C.; 50 de la Ley 57 de 1.887, normas que dejó de aplicar.

La infracción indirecta de las disposiciones legales mencionadas llevó al sentenciador a aplicar erróneamente el inciso 3° de la Ley 100/93(sic), lo que condujo a la inaplicación del 1° de la Ley 33 de 1985.

La violación de las normas sustanciales por el ad quem se produjo en forma indirecta, incurriendo en errores de hecho, al apreciar erróneamente pruebas, siendo que de haber aplicado correctamente la normativa legal (art. 1 L.33/85), ha debido confirmar la decisión de primera instancia, en cuanto la condena proferida del reconocimiento pensional, sin limitar el derecho pensional al retiro del demandante del servicio activo y ordenando la liquidación pensional conforme lo previsto en el artículo 1° de la L.33/85.”

En la demostración del cargo señala:

“El ad quem descongestionador en la sentencia del 29 de julio de 2011, al modificar la proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, modifica el numeral primero de la sentencia apelada, para en su lugar condenar al Banco Popular a reconocer al demandante “la pensión de jubilación, junto con sus incrementos anuales, la cual será liquidada conforme lo estipulado por el inciso 3°(sic) de la Ley 100 de 1993, limitada a demostrar el retiro definitivo del servicio para el disfrute de la pensión.

Previamente al pronunciamiento de la parte resolutive había consignado a f.19 del cuaderno del Tribunal había anunciado (sic) que confirmaría “lo decidido en este punto”, esto es la liquidación pensional efectuada por la a quo que tomó erradamente como salario la suma de \$7.716.000, para aplicar el 75% de tal suma estableciendo como pensión mensual la suma de \$5.787.000.

Se incurrió en los siguientes errores:

-Dar por demostrado, sin estarlo, que el salario que devengaba el actor al 15 de marzo de marzo de 2007, un salario integral de \$7.716.000.(sic)

No dar por demostrado, estándolo, que el actor devengaba un salario integral (f.39-43) que para el 15 de marzo de 2007, que (sic) ascendía (sic) la suma de \$11.645.777.

- No dar por demostrado que el actor se encontraba cotizando al ISS, su aporte legal sobre el 70% del salario integral de \$11 645.777., (sic) por lo cual cotizaba para el 15 de marzo de 2.007 sobre \$8.152.000 como consta a f.63.

- No dar por demostrado estándolo, que el monto de la pensión de jubilación ordenada (sic) reconocer debe liquidarse conforme al salario integral de \$11.645.777., que se deduce del documento obrante f.63.

-Dar por demostrado, sin estarlo, que el salario concluido (sic) del folio 63 es el que sirve para la liquidación de la pensión de jubilación, desconociendo el contenido del artículo 1° de la L.33/85.

Lo anterior llevo (sic) al ad quem a no liquidar el monto de la primera mesada pensional, por lo cual se remitió a una norma inexistente (inciso 3° de la L.100/93), sin indicar ni liquidar el monto de la mesada pensional, en tanto al a quo lo llevo (sic) al error de apreciar erróneamente la documental de f. 63 como prueba de un salario inferior al que realmente devengaba, pues como producto de la errónea apreciado (sic) documental, llevo (sic) a la falladora de primera a ordenar el reconocimiento pensional sobre una base salarial incorrecta, no obstante predicar acertadamente en las consideraciones la procedencia del reconocimiento pensional en base a Ley 33/85.

Equivocadamente la sentenciadora de primera instancia manifiesta:

“Sin embargo entratándose de salario integral, el cual era devengado por el actor como quedo demostrado con anterioridad, se calculara (sic) sobre el 70% de dicho salario, tal y como lo dispone el inciso 4 de la Ley 797 de 2003 (sic), que a la letra dice:

“...Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral se calculará sobre el 70% de dicho salario.”

Así las cosas, y como quiera que según el informe presentado por el Instituto de Seguros Sociales (fl. 63), para la fecha en que el actor cumplió los requisitos para la prestación (marzo de 2007), se encontraba cotizando con \$7.716.000., el 75% corresponde a \$5.787.000.”

Confunde el Ingreso Base de Liquidación con las cotizaciones sobre las cuales aporta la cotización el demandante (sic). Tal confusión la lleva a la errada conclusión de liquidar el monto de la primera mesada pensional sobre una suma improcedente, por cuanto ha debido aplicar la Ley 33/85 que ordena el pago de la pensión considerando el salario promedio del último año que sirvió de base para los aportes en los siguientes términos:

'Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.'

Conclusión de lo anterior es que evidentemente el ad quem al no ordenar la modificación de la sentencia de primera instancia, para aplicar la normativa transcrita, incurrió en error de hecho, pues sin bien en la parte considerativa anuncia la confirmación del fallo impugnado (f.19 Cdn. Trib.), en la parte resolutive determina la modificación de la sentencia de primera (sic) grado, para en su lugar, abstractamente condenar a la demanda a reconocer a favor del demandante la pensión de jubilación, 'la cual será liquidada conforme lo estipulado por el inciso 3° (sic) de la ley 100 de 1993”

RÉPLICA

El replicante indica que no puede afirmar el censor que el ad quem dejó de aplicar las normas legales, cuestión ajena a los hechos y las pruebas, no resulta viable la formulación del ataque por la vía indirecta; que de pasarse por alto la anterior deficiencia técnica, se llegaría a la conclusión que la pensión de jubilación podrá ser liquidada a la terminación del contrato de trabajo.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En concreto, plantea la censura cuatro aspectos:

1. Que el Ingreso base de liquidación para obtener el valor de la primera mesada pensional se deberá obtener de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.
2. El ad quem no debe restringir el disfrute de la pensión de jubilación toda vez que, son compatibles los salarios percibidos –como consecuencia de la vigencia de la relación laboral- y el pago de las mesadas pensionales, al no existir una doble erogación del erario.
3. Que se debe tener en cuenta al momento de calcular el IBL el 100% del salario integral que devenga actualmente el actor.
4. El ad quem vulneró el principio de la no reformatio in pejus, frente al pronunciamiento que hizo al no reconocimiento y pago de la mesada 14.

Entra la sala a resolver los puntos materia de controversia, así:

1. Ingreso Base de liquidación.

Pretende la censura que el IBL se le liquide a la luz del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 -en aplicación del régimen de transición-, y no como lo dispuso el ad quem atendiendo los lineamientos del inciso 3° de la Ley 100 de 1993 (sic), debiéndose entender que hizo referencia al inciso 3° de artículo 36 ibídem.

Esta Corporación, ya fijo su posición, en un caso similar al de aquella persona que como en el sub lite, le hacían falta más de 10 años para adquirir el derecho pensional contados a partir del 1° de abril de 1994, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el día en que ajustó la edad -55 años- para causar el derecho, el 15 de marzo de 2007, así:

“En efecto, en la sentencia de 16 de diciembre de 2009 (Rad. 34863), que reiteró la de 17 de octubre de 2008 (Rad. 33343), esta Corporación dijo:

“En lo referente al primer tema, esto es si procede liquidar la pensión de jubilación del actor, en su condición de servidor del sector público, beneficiario del régimen de transición, con base en el salario del último año de servicio, la Sala tiene definido que la finalidad de los regímenes de

transición previstos por el legislador, con ocasión de los cambios normativos que han regulado el sistema pensional en el país, han tenido el propósito de beneficiar a quienes tenían la expectativa cercana de consolidar el derecho, propósito que se reflejó en el régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que no conservó en su integridad las normas que regulaban la causación del derecho pensional en los diferentes regímenes existentes, que asumió, a su entrada en vigencia, para quienes tenían una expectativa relativamente cercana de adquirir la pensión.

“Este régimen solamente mantuvo, de las normas anteriores al Sistema General de Pensiones, tres aspectos concretos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión; de tal modo que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por las disposiciones legales precedentes, sino que pasó a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho, por el inciso 3 del artículo 36 citado.

En relación con este tema, la Sala tuvo oportunidad de reiterar el criterio jurisprudencial referido en la sentencia proferida el 17 de octubre de 2008, radicada con el número 33343, en la que se anotó lo siguiente:

“Es sabido que con los regímenes de transición especialmente creados para cuando se modifiquen los requisitos para acceder a los derechos pensionales, se ha buscado por el legislador no afectar de manera grave las expectativas legítimas de quienes, al momento de producirse el cambio normativo, se hallaban más o menos próximos a consolidar el derecho.

“Desde luego, esos regímenes pueden tener diferentes modalidades respecto de la utilización de la nueva preceptiva y la vigencia de las normas derogadas o modificadas, de ahí que no impliquen necesariamente la aplicación, en su integridad, de estas normas, que, por lo general, consagran beneficios más favorables al trabajador o al afiliado a la seguridad social. Ya la Corte Constitucional ha explicado, al referirse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que goza el legislador de un amplio poder de configuración al momento de definir la protección que le otorga a las expectativas de los ciudadanos, como las referidas a los derechos prestacionales.

“Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3° del artículo 36 citado.

“(…)”..

“De tal suerte que esa mixtura normativa, que no constituye un exabrupto jurídico, pues es característica de los regímenes expedidos para regular transiciones normativas, surge del propio texto de la ley y no es resultado de una caprichosa interpretación de las normas que instituyeron el sistema de seguridad social integral en pensiones.

“Y es claro, además, que al ingreso base de liquidación de la pensión se le quiso continuar otorgando una naturaleza jurídica propia, no vinculada al monto, porcentaje o tasa de reemplazo de la prestación, que es otro elemento de ésta, pero diferente e independiente; pues al paso que el

ingreso base corresponde a los salarios devengados por el trabajador o a la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso y el régimen aplicable, el monto de la pensión debe entenderse como el porcentaje que se aplica a ese ingreso, para obtener la cuantía de la mesada”.

Lo dicho en la jurisprudencia transcrita, en cuanto a que el régimen de transición respetó para sus beneficiarios la edad, el tiempo de servicios y el monto de la prestación establecidos en la normatividad anterior aplicable a aquéllos, se desprende del contenido literal de los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de los cuales también se entiende claramente que las demás condiciones y requisitos se encuentran regulados en la propia Ley 100, dentro de los cuales está el ingreso base de liquidación, gobernado por el artículo 21, para quienes les faltara más de 10 años para adquirir el derecho al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social, que es la disposición específica que regula el IBL de las pensiones previstas en dicha ley, en los siguientes términos:

“Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

“Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

Como se dijo en líneas anteriores, la anterior regla de liquidación no se aplica para quienes al 1º de abril de 1994 les faltara menos de 10 años para adquirir el derecho, pues, según el inciso 3º de la Ley 100 de 1993, que establece la excepción a dicha regla, el IBL de estas personas será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuere superior, actualizado con la variación del índice de precios al consumidor.

De suerte que, en materia de ingreso base de liquidación para personas beneficiadas con el régimen de transición, hay que distinguir entre quienes al 1º de abril de 1994, les faltaba menos de diez años para adquirir el derecho, caso en el cual se les aplicara el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y quienes, para la misma fecha, les faltaba 10 años o más, evento en el que el IBL se liquidará de conformidad con el artículo 21 de la citada ley, es decir, con base en el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años al reconocimiento de la prestación o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Ya en el caso del demandante, debe decirse que, así como lo estableció el Tribunal, es la regla contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, la aplicable, toda vez que, para el 1º de abril de 1994, a aquél le faltaban más de 10 años para adquirir la pensión de jubilación, presupuesto fáctico que no discute la censura, por lo que no pudo incurrir aquél en el error jurídico que le atribuye la censura, al aplicar al caso el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, para efectos de liquidar el ingreso base de liquidación de la pensión y no el artículo 1º de la Ley 33 de 1985. (Sentencia radicado No. 44238, proferida por esta Corporación, el 15 de febrero de 2011).

Así las cosas, el ad quem erró al determinar que el IBL a aplicar en la fórmula matemática, se obtendría de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, al faltarle al actor más de 10 años para adquirir el derecho pensional, contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hasta la fecha de causación de la prestación 15 de marzo de 2007 (fl. 17) –data en que cumplió 55 años de edad-, la norma aplicable al sub lite, para calcular el IBL es el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se casará parcialmente la sentencia recurrida en este aspecto.

2. DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La segunda discrepancia que plantea la censura es la restricción que el ad quem le impuso para el disfrute del derecho pensional, consistente en que el actor empezaría a percibir la prestación a partir de la fecha en que demuestre su desvinculación definitiva de la entidad Bancaria.

Esta Corporación ya se pronunció en un caso similar al sub lite, en sentencia proferida el 18 de septiembre de 2012, con radicado 38027, en el que no se accedió al pago de una pensión de jubilación oficial por cuanto, el titular del derecho mantenía vigente su relación laboral con la entidad que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de dicha obligación. En lo pertinente asentó:

“La discusión que plantea el cargo tiene que ver con la viabilidad jurídica de que se ordene el pago de la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, a partir del momento en que el trabajador cumple los requisitos para dicha prestación, sin importar si continúa prestando sus servicios a la entidad, que, en este caso pasó de ser oficial pasó a regirse por el derecho privado, pues sobre dicha cuestión el Tribunal consideró que era procedente dicho pago ya que no se trata de dos asignaciones provenientes del tesoro público, mientras que el recurrente sostiene que al definirse el marco pensional del demandante dentro de los lineamientos de la Ley 33 de 1985, deben aplicarse las normas que regulan todo lo concerniente a dicha pensión, en especial los artículos 76 y 77 del Decreto 1848 de 1969.

Sobre dicho tópico, esta Sala de la Corte, en sentencia proferida el 17 de marzo de 2009, radicado 35018, y reiterada en el fallo de 9 de junio de 2010, radicado 41.769 precisó en torno al tema:

“Puestas así las cosas, se impone decir que asiste toda razón a la censura en su reproche a la condición que para el reconocimiento del derecho estableció el Tribunal, dado que, de la simple lectura de las disposiciones que regulan la pensión oficial a la cual tiene derecho el actor --entre ellas el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y los artículos 68, 75 y 76 del Decreto 1848 de 1969-- emerge que la incompatibilidad del pago de la pensión con el de salarios devengados del mismo empleador responsable del reconocimiento de la prestación no es una condición de la estructuración, consolidación o reconocimiento del derecho pensional sino, cosa bien distinta, que tal condición, que es de carácter suspensivo, lo es pero de su efectividad, goce o disfrute.

En efecto, como lo tiene dicho la jurisprudencia, la obligación de pagar la pensión oficial, esto es, de hacerla efectiva y, de contera, permitir su goce o disfrute al respectivo titular surge desde la fecha en que éste se haya retirado del servicio --y hoy en día que haya dejado de cotizar--, pero no así su reconocimiento, pues para tal efecto los requisitos legales son apenas el tiempo de servicios y la edad mínima establecidas. Así lo expresa inequívocamente el artículo 76 del Decreto 1848 de 1969, aplicable a la pensión oficial prevista en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, cuando señala que 'la pensión de jubilación, una vez reconocida, se hace efectiva y debe

pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio oficial, hecho que deberá demostrar el interesado (...)'.

(...)

En suma, tiene el actor derecho a la pensión de jubilación prevista en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, al materializar los requisitos de establecidos en la Ley 33 de 1985, a partir del 8 de octubre de 1999, cuando cumplió los 55 años de edad, pero ésta se hará exigible a la fecha de retiro del interesado, y se calculará sobre lo devengado en los 2.016 días anteriores a esa data, esto es, sobre lo efectivamente cotizado, atendiendo lo dispuesto específicamente para esos efectos por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6° del Decreto 691 del mismo año, en cuanto a los factores que sirven de soporte para la liquidación de la prestación pensional oficial aquí reconocida, tal y como lo precisó la Corte en sentencia de 2 de agosto de 2004 (Radicación 22.585) y que reiteró recientemente en radicado 33578 de 24 de febrero de 2009”.

Así las cosas, la consideración del ad quem consistente en someter el goce de la pensión de jubilación y su liquidación a la condición de que el actor demuestre su retiro definitivo de la demandada está a tono con la tesis asentada por esta Corporación, en el referido antecedente jurisprudencial.

3. Se debe tener en cuenta al momento de calcular el IBL el 100% del salario integral, que devenga el actor?

Para resolver este punto, advierte la Sala que, si bien es cierto, el Tribunal confirmó lo expuesto por el a quo en relación con la forma de definir el salario devengado por el actor para efecto de calcular el IBL con fundamento en el “inciso 4 de la Ley 797 de 2.003”, entiende la Corte que hizo referencia al inciso 4° del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5° de la Ley 797 de 2003.

Para abordar el punto de controversia, la Corte debe puntualizar los siguientes aspectos fácticos: el Banco Popular fue privatizado el 21 de noviembre de 1996; el actor actualmente devenga salario integral por acuerdo suscrito entre las partes desde el 1° de marzo de 1997, en virtud de lo dispuesto en el art. 132 del Código Sustantivo del Trabajo (fl.42 c. ppal); actualmente cotiza al Instituto de Seguros Sociales.

Encuentra la Corte que no incurrió el ad quem en error al confirmar lo dispuesto por el a quo frente al punto materia de debate toda vez que, al haberse dado por probado en el trámite procesal, que el actor devenga salario integral, por disposición del inciso 4° del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5° de la Ley 797 de 2003 “Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.”, monto sobre el cual la demandada hizo las correspondientes aportes al sistema de seguridad social, en cumplimiento de la Ley, en consecuencia, no se puede tener en cuenta para calcular el IBL el 100% de lo devengado por el actor por concepto de salario integral.

4. El principio de la no reformatio in pejus.

El cuarto aspecto de discrepancia que plantea el recurrente está relacionado a la configuración del principio de la no reformatio in pejus, al considerar que el ad quem no podía hacer referencia a la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, para determinar la improcedencia del pago de la

mesada 14 toda vez que, dicho aspecto no fue planteado en el escrito de demanda ni objeto de debate procesal.

En cuanto a esta acusación es preciso señalar que el art. 87 del Código de Procedimiento Laboral, modificado por el Decreto 528 de 1964, art. 60, consagra “En materia laboral el recurso de casación procede por los siguientes motivos: 1°) Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea. Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Sólo habrá lugar a error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo.

2°) Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la primera instancia, o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta. (...)”

Por tanto, la acusación señalada tiene su propio trámite, mediante la causal segunda, y no como lo señala el recurrente invocando el numeral primero, del citado artículo.

Además de lo anterior indica la Sala que no se afecta el principio de la no reformatio in pejus de la parte demandante, toda vez el derecho al reconocimiento de la mesada 14, opera por ministerio de la Ley, y bajo esa óptica no se le estaría haciendo más gravosa su situación.

De conformidad con lo anterior, prospera la acusación sólo frente al primer punto de discrepancia del actor, en consecuencia, se casará parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto el Tribunal dispuso que el IBL se calcularía de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. No casará en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación, toda vez que prosperó la acusación en relación al IBL que se debe tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del actor.

En sede de instancia se modificará el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 3 de diciembre de 2010, en el sentido de indicar que el IBL se debe calcular de conformidad con lo consagrado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, por las razones expuestas en la sentencia de casación.

Las costas de las instancias estarán a cargo de la parte demandada en un 70%.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 29 de julio 2011, en el proceso seguido por CARLOS MANUEL PEÑA ZAMUDIO contra el BANCO POPULAR S.A., en cuanto determinó que el IBL se obtendría de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. No se casa en lo demás. En sede de instancia se modifica el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 3 de diciembre de 2010, en el sentido de indicar que el IBL se calculará de conformidad con lo estipulado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

Las costas de las instancias estarán a cargo de la parte demandada en un 70%. Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal.

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

