



SALA DE CASACIÓN LABORAL

DR. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

Magistrado Ponente

Radicación N° 31222

Acta N° 98

Bogotá D.C, trece (13) de diciembre de dos mil siete (2007).

Decide la Corte el recurso de casación que interpusieron ambas partes contra la sentencia proferida por Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 23 de junio de 2006, en el proceso ordinario adelantado por **GONZALO SÁNCHEZ RIVERA** contra **BANCAFE**.

I. ANTECEDENTES

Con la demanda inicial, para lo que interesa al recurso, solicita el actor que se condene a la entidad demandada a reliquidarle la pensión legal de jubilación que le reconoció, teniendo en cuenta la variación del IPC certificada por el Dane entre la fecha del retiro de servicio y aquella en que cumplió 55 años de edad; a los correspondientes reajustes, con los aumentos legales, y las costas del proceso.



EXP. 31222

Como fundamento de esos pedimentos, argumenta que prestó sus servicios a Bancafé entre el 14 de septiembre de 1966 y el 2 de diciembre de 1990; que dicha entidad le reconoció pensión legal de jubilación a través de la Resolución 093 del 19 de julio de 2001, por valor de \$286.000,00, a partir del 22 de marzo de 2001, cuando cumplió 55 años de edad, la cual se le liquidó con el 75% de \$313.835,00, promedio de lo devengado en el último año de servicio; que la referida base salarial fue afectada por el fenómeno de la inflación, no tenido en cuenta para efectos de liquidar la pensión; y que agotó la vía gubernativa, con resultados negativos.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

La accionada al dar respuesta a la demanda, se opuso a las pretensiones. De sus hechos admitió la existencia de la relación de trabajo entre las partes, los extremos temporales, la fecha en que el demandante cumplió 55 años, el reconocimiento que le hizo de la pensión legal de jubilación, a partir del 22 de marzo de 2001 y la cuantía de la misma, equivalente al salario mínimo legal para ese año; de los demás dijo que no eran ciertos. En su defensa adujo que no incurrió en omisión alguna, dado que aplicó la normatividad correspondiente, no siendo del caso legalmente actualizar el ingreso base de liquidación de la pensión que le concedió al demandante. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de título y causa para pedir, cobro de lo no debido, pago, compensación y buena fe.



EXP. 31222

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Conoció de la primera instancia el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, quien en sentencia del 27 de agosto de 2004, condenó a la demandada, a actualizar la pensión de jubilación del actor **con base en el IPC certificado por el DANE, entre el día de su desvinculación y la fecha a partir de la cual se la reconoció**, así como al pago indexado de la diferencia resultante entre lo cancelado por concepto de mesadas pensionales y lo que de acuerdo con la actualización se le debía cancelar, con los aumentos legales, y a las costas del proceso.

IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Apeló la accionada, y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 23 de junio de 2006, modificó la decisión de primer grado, en el sentido de precisar que el valor inicial de la pensión de jubilación del demandante, es de \$784.224,63; confirmándola en lo demás, y se abstuvo de imponer costas en la instancia

Para esa decisión, acogiendo el criterio expuesto por esta Sala en sentencia del 17 de octubre de 2001, radicación 15697, consideró procedente el reajuste del valor inicial de la mesada pensional del demandante, por cuanto la pensión se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993; y para efectos de liquidarla se apoyó en la fórmula utilizada por esta Corporación en sentencia del 17 de octubre de 2001, de la cual omitió dar radicación.



EXP. 31222

Al respecto expresó:

“El punto de inconformidad de la parte enjuiciada en este tópico radica en que, a su juicio, es improcedente la indexación de la primer mesada pensional como quiera que frente a pensiones de jubilación oficial no es posible indexar el valor del último salario devengado, tal y como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia.

Pues bien, surgen de las pruebas del expediente varios tópicos de vital importancia: que el actor laboró para el demandado desde el 14 de septiembre de 1.966 al 2 de diciembre de 1.990; que mediante resolución 093 del 19 de julio de 2.001 el Banco le reconoció pensión a partir del día 22 de marzo de 2.001, tomando en cuenta como último salario promedio mensual del último año de servicios la suma de \$313.835. (folios 97 y 98).”

Seguidamente copió en extenso apartes de la sentencia de casación del 17 de octubre de 2001, radicación 15697, y agregó:

“La Sala acoge el criterio anteriormente expuesto, y con ello modifica cualquier criterio expuesto en sentido contrario. Entonces, como quiera que la pensión legal del señor SÁNCHEZ se reconoció a partir del 22 de marzo de 2.001, fecha en la que cumplió la edad de 55 años, es claro que le son aplicables las disposiciones de actualización de la pensión que consagra la Ley 100 de 1993, como quiera que para la fecha mencionada, tal norma ya se encontraba vigente. Así era procedente el reajuste del valor inicial de la mesada pensional.

(.....)

En cuanto a la inconformidad de la parte demandada en relación con la fórmula utilizada por el a-quo es claro para la Sala que le asiste razón al impugnante al considerar los lineamientos jurisprudenciales que se han dado al respecto.

En efecto para el caso en estudio conforme el planteamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia la fórmula a aplicar es “S.B. C. X I.P.C. de 16 de septiembre de 1982 a 1995 X número de días a indexar por año, dividido por el número de días contados desde la fecha de la desvinculación y el cumplimiento de la edad de jubilación.” (Sala de Casación Laboral, Sentencia del 17 de octubre de 2001)

Entonces dando aplicación al caso concreto, a continuación se actualizará anualmente desde el 3 de diciembre de 1.990, día siguiente al de la



EXP. 31222

desvinculación y hasta la fecha a partir de la cual fue pensionado (22 de marzo de 2.001).

Finalmente, aplicando dicha fórmula efectúa las operaciones aritméticas correspondientes, teniendo como base el promedio salarial mensual devengado por el demandante durante el último año de servicios de \$313.835,00, y determina que el ingreso base de liquidación es de \$1'045.632,84, al que aplicado el 75%, da como resultado \$784.224,63, que es el monto de su primera mesada pensional, a partir del 22 de marzo de 2001.

V. DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpusieron ambas partes con fundamento en la causal primera de casación laboral consagrada en los artículos 60 del Decreto 528 de 1964, 23 de la Ley 16 de 1968 y 7° de la Ley 16 de 1969, con el cual pretenden según el alcance de la impugnación, la demandante que se case la sentencia recurrida en cuanto modificó la de primer grado, para que en sede de instancia esta Sala la confirme y condene en costas; y la accionada para que se case totalmente la sentencia del Tribunal y en sede de instancia se revoque la del a quo, la absuelva de todas las pretensiones de la demanda y provea en costas como corresponda.

Por razones de método se estudiará inicialmente el presentado por la parte demandada, la cual formula un cargo que fue replicado.



VI. CARGO UNICO

Acusa la sentencia impugnada de violación por vía **directa** en la modalidad de **interpretación errónea** “...los artículos 8° de la ley 153 de 1887, 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 36 de la ley 100 de 1993; por aplicación indebida, el artículo 21 de la misma ley 100 de 1993, el artículo 1° de la ley 33 de 1985, el artículo 75 del decreto 1848 de 1969, el artículo 27 del decreto 3135 de 1968”.

En su demostración expone, que el yerro jurídico en que incurrió el sentenciador de segundo grado se concreta al equivocado entendimiento que tuvo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el que incurrió por la forma indiscriminada como tomó para la decisión las consideraciones consignadas en una sentencia de esta Sala, que según la censura no refleja toda la comprensión de la misma en lo tocante con el tema, y ello lo condujo a la aplicación indebida del artículo 21 de la misma ley, y de los artículos 1° de la Ley 33 de 1985, 27 del Decreto 3135 de 1968 y 75 del Decreto 1848 de 1969, lo cual surge como una consecuencia de haberse dispuesto el pago de la pensión incoada en unos términos diferentes a los que tales normas consagran, pues en ninguna se prevé la actualización del ingreso base de liquidación para determinar el monto de la primera mesada.

Agrega que el régimen de transición establecido en el referido artículo 36, dispuso la conservación de algunos de los requisitos de causación del derecho pensional previstos en las leyes anteriores, a las personas que con anterioridad al inicio de su vigencia los hubieran cumplido, como fue el caso



EXP. 31222

de la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la prestación, entendido este último como el porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación; pero excluyó de los mismos, el ingreso base para liquidar tal prestación, disponiendo en su lugar un mecanismo para su configuración, específicamente aplicable a las personas que habiendo quedado dentro del régimen de transición, hubieran devengado o cotizado, tal como expresamente lo dice la norma, durante un lapso anterior al momento de cumplir los requisitos para adquirir el derecho, siempre en el entendido de que la pensión fuera asumida por el Sistema General de Pensiones, pero que no se previó para los casos en que estaba a cargo directo del empleador.

Aduce que la hipótesis que corresponde al presente caso, no está consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que no puede aplicársele, y al hacerlo el juez colegiado incurrió en error originado en el entendimiento equivocado que tuvo de ese precepto, al considerar, fundamentado en jurisprudencia de esta Corporación, que ese artículo disponía la actualización de la base de liquidación también para los casos en que el obligado a la pensión era el empleador, aunque no se diera el requisito de estar devengando durante un lapso inferior a los diez años anteriores al momento de adquirir el derecho, por lo cual se apartó de la literalidad de la norma.

Expresa además, que para estas pensiones no se presentó cambio alguno en cuanto a la base de liquidación, y por tanto continuó siendo, como



EXP. 31222

lo previeron la Ley 33 de 1985 y el Decreto 3135 de 1968, es decir el promedio salarial del último año de servicios, sin indexación alguna.

Manifiesta, que la actualización de la base de liquidación de las pensiones solo fue prevista para las establecidas en la Ley 100 de 1993, vale decir las de los regímenes de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, pero no para otro tipo de pensiones; siendo esa la regla, y dentro de tal contexto debe entenderse que lo previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, corresponde a una excepción que, como tal, no puede aplicarse por extensión, por analogía o por remisión, sino rigurosamente en lo que literalmente contempla.

Por último, propone a la Sala replantear su criterio sobre el punto que se debate, al estimar que con lo expuesto se le están mostrando nuevos elementos de análisis.

VII. LA REPLICA

La réplica sostiene, que lo puesto en tela de juicio ha sido la omisión del empleador demandado de no actualizar la base salarial, conforme al fenómeno inflacionario que modificó el poder adquisitivo, por lo que la polémica gira sobre la figura doctrinal y jurisprudencial de la indexación, y en ese sentido la sentencia impugnada lo que hace es apoyarse en unas decisiones de la Corte que remiten a los artículos 11, 14, 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, para señalar que sí es factible y la ley lo permite, aplicar dichas



EXP. 31222

normas para indexar la base salarial que sirvió para determinar el valor inicial de la pensión.

Expresa que el artículo 79 del Decreto 1848 de 1968, citado como indebidamente aplicado, previó que el pago de la pensión se haría por la última entidad o empresa oficial empleadora, cuando el empleador oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social, y si se entienden por entidades de previsión social las del artículo 13 de la Ley 33 de 1985, fuerza es concluir que corresponde a la entidad oficial demandada el pago de la pensión, lo cual no es materia de discusión, por tanto, no hay aplicación indebida de la norma citada.

Finalmente manifiesta, que no hubo aplicación indebida del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto dicha norma gobernaba el caso en controversia, y el artículo 36 ibídem, previó la actualización de la base salarial que sirvió para liquidar la pensión del actor, la cual se determinó con el 75% de lo devengado en el último año de servicio, acorde con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985; por tanto, el Tribunal le dio un correcto entendimiento al contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y aplicó en forma debida el artículo 21 de la misma, al igual que la Ley 33 de 1985.

VIII. SE CONSIDERA

El recurrente enrostra al juez colegiado como error jurídico, la interpretación errónea de algunas disposiciones legales que integran la proposición jurídica, que conduce a la aplicación indebida de otras, con la



EXP. 31222

indiscutible finalidad de tratar de hacer cambiar la postura mayoritaria que ha venido adoptando esta Corporación en lo relacionado con la actualización del ingreso base de liquidación para determinar el monto de la primera mesada pensional, de las personas que siendo beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cumplieron el requisito de la edad para pensionarse en vigencia de dicha normatividad, pero no devengaron salario alguno o cotizaron después de que ésta entró en vigor, estando tal prestación a cargo directo de sus empleadores.

Frente al tema propuesto por la censura, esta Sala se ha pronunciado en muchas oportunidades conservando su posición mayoritaria, consistente en que para liquidar una pensión legal del régimen de transición pensional de una persona que accedió a ella por haber servido a un empleador oficial por más de 20 años y cumplido la edad o la totalidad de requisitos no solo después de la vigencia de la Ley 100 de 1993, sino aún con posterioridad a la fecha en que entró en vigor la Constitución Política de 1991; cuya base salarial para tasar la correspondiente mesada pensional, no es otra que la señalada por el inciso tercero del artículo 36 de la nueva ley de seguridad social, resultando en estas condiciones procedente la actualización del ingreso base de liquidación de la primigenia mesada.

En el caso sub judice, al estar encaminado el ataque por la vía directa, los siguientes supuestos fácticos determinados por el sentenciador de segunda instancia quedan incólumes: que el demandante laboró para la entidad demandada entre el 14 de septiembre de 1966 y el **2 de diciembre de 1990**, es decir por más de 20 años; que durante el último año de servicios



EXP. 31222

devengó un salario promedio mensual de \$313.835,00; que adquirió el estatus de pensionado el **22 de marzo de 2001**, cuando cumplió 55 años de edad, conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985; y que era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Según lo anterior, fueron satisfechas bajo el imperio tanto de la actual constitución como de la Ley 100 de 1993, las exigencias legales para que el demandante pudiera adquirir la titularidad del derecho pensional, y por ende al tener cumplido el tiempo de servicios en el sector oficial al desvincularse de la entidad demandada, y alcanzar la edad de los 55 años cuando ya regían las disposiciones atrás mencionadas, es conforme a las mismas que se debe determinar el reajuste del valor inicial de la pensión reconocida.

Así las cosas, al estar el accionante amparado por el fenómeno jurídico de la transición consagrado en el artículo 36 de la Ley de Seguridad Social, se le respetaron tres aspectos: a) la edad para acceder a la prestación, b) el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y c) el monto porcentual de la pensión, para el caso en un 75% conforme a los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968, 73 del D.R. 1848 de 1969 y 1° de la Ley 33 de 1985; empero el ingreso base de liquidación objeto de actualización se regula por la nueva ley arriba citada que consagró esta prerrogativa, y que tiene sustento supralegal en Constitución Política.

Por consiguiente, procede la actualización reclamada del ingreso base que sirve para liquidar la pensión de jubilación que le fue reconocida al actor



EXP. 31222

por el Banco demandado, desde la fecha de retiro hasta el cumplimiento de la edad, según la orientación jurisprudencial que ha prevalecido, y en este orden de ideas, no erró el fallador de alzada al inferir que el punto objeto de discusión debe ser resuelto a la luz de la regla contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que en esta ocasión haya lugar a cambiar la posición mayoritaria de la Sala.

Colofón a lo expuesto, el cargo no prospera.

Por su parte el demandante formuló dos cargos que fueron replicados, los cuales se decidirán conjuntamente, teniendo en cuenta que están dirigidos por la misma vía, denuncian la violación de similar conjunto normativo, se valen para su demostración de argumentaciones que se complementan, y persiguen idéntico fin.

IX. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia impugnada por la vía **directa** en la modalidad de **falta de aplicación** “...de los artículos 1° y 11 del D. 1748 de 1995 en relación con los artículos 11, 14, 21, 36 y 151 de la Ley 100 de 1993, artículo 8° de la Ley 153 de 1887, C.P., Preámbulo, arts. 2, 13, 48, 53, 228 y 230; artículo 50 C. de Co., arts 112, 113 y 206 del Estatuto Tributario, D. 2498 de 1988”.

X. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia recurrida por la vía **directa** en la modalidad de **interpretación errónea** “...de las siguientes disposiciones: Art. 11, 14, 21, 36,



EXP. 31222

151 de al Ley 100 de 1993 y a consecuencia de ello infringe directamente los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia lo que a su vez conllevó a la inaplicación de los artículos 1 y 11 del D. 1748 de 1995”.

En la demostración de ambos cargos, critica la fórmula utilizada por el ad quem para liquidar el ingreso base de liquidación de la pensión del actor, y sostiene que para ello hay regulación legal la cual está contenida en los artículos 1° y 11 del Decreto 1748 de 1995, los cuales debió aplicar.

Aduce, que si el Tribunal hubiera tenido en cuenta el principio de favorabilidad, habría concluido que la fórmula legal establecida en las citadas disposiciones era la que le permitía llegar con más realismo a la recuperación del poder adquisitivo del salario devengado por el actor en el último año de servicio, debido al fenómeno inflacionario que afectó esa base salarial que sirvió al demandado para liquidar la pensión del actor.

Dice que tal fórmula se traduce en:

Rh (\$313.835,00) x Índice final (124.11957)

Inicial (21.004231)

Donde R, el valor presente, se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que en este caso concreto es el promedio de lo devengado por el actor en el último año de servicio \$313.835,00 (del 3 de diciembre de 1989 al 2 de diciembre de 1990), por el IPC del momento en que el actor cumplió la edad (índice final), el 22 de marzo de 2001 y el resultado dividirlo por el IPC del



EXP. 31222

momento en que se retiró del servicio (Índice inicial), el 2 de diciembre de 1990.

Basado en lo anterior sostiene que el ingreso base de liquidación debió ser de \$1'854.534,22, al que aplicado el 75% arroja una primera mesada pensional de \$1'390.900,66, por lo que el resultado obtenido por el ad quem, es contrario no sólo a la normatividad legal y constitucional sino a la realidad inflacionaria, que en últimas es el fenómeno que la constitución y la ley ordenan corregir con la indexación.

Finalmente expresa, que el sentenciador interpretó erróneamente los artículos 11,14, 21 36 y 151 de la Ley 100 de 1993, que hacen referencia a la indexación de la base salarial que sirvió de soporte para la liquidación de la pensión, lo que a la vez lo llevó a infringir los artículos 48 y 53 de la C.P. y a la inaplicación de los artículos 1° y 11 del Decreto 1748 de 1995.

XI. REPLICA

A su turno la réplica plantea que la sentencia materia de ataque en casación, se encuentra ajustada a la ley y es concordante con los hechos que aparecen establecidos en el expediente, en los aspectos que ataca la parte demandante en su recurso, por lo que se opone a la prosperidad de los cargos.

Manifiesta además, que lo único que hizo el Tribunal en lo relacionado con la base de liquidación de la pensión, fue buscar apoyo en la posición que



EXP. 31222

ha enseñado esta Sala, por lo que mal puede endilgársele un error, y mucho menos de contenido conceptual, en especial si se tiene en cuenta que dentro del cargo lo que realmente hace el recurrente es oponer sus razones a las que tuvo y sigue teniendo la Corporación para identificar el mecanismo de actualización de la base de liquidación de la primera mesada pensional.

XII. SE CONSIDERA

Para efectos de determinar el ingreso base de liquidación y establecer el monto de su primera mesada pensional en casos como el que nos ocupa, donde el trabajador no devengó ni cotizó suma alguna en el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho pensional, esta Sala de la Corte se ha pronunciado en varias ocasiones fijando parámetros y directrices para estructurar e implementar la fórmula que más se adecue al propósito del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; siendo la última aquella 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>.*

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



EXP. 31222

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



EXP. 31222

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:

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

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.



EXP. 31222

En consecuencia incurrió el sentenciador de segunda instancia en los errores jurídicos que le enrostra la censura, al liquidar como lo hizo el ingreso base de liquidación de la pensión del demandante, y por lo tanto los cargos prosperan y habrá de casarse parcialmente la sentencia recurrida en el aspecto analizado.

XIII. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, fuera de las anteriores consideraciones, se agrega que al optar la Sala por la nueva fórmula, ello conlleva a que el monto de la primera mesada pensional, es como pasa a explicarse:

$$VA = VH (\$313.835,00) \times \frac{IPC \text{ Final } (118.7900)}{IPC \text{ Inicial } (15.8681)} \quad VA = \$2'349.396,57$$

$$\$2'349.396,57 \times 75\% = 1'762.047,42 \text{ Valor inicial de la pensión.}$$

Por lo tanto, como puede verse el Ingreso Base de Liquidación actualizado asciende a la suma de **\$2'349.396,57**, y en consecuencia la primera mesada pensional del demandante, a partir del 22 de marzo de 2001, cuando cumplió 55 años de edad arroja un valor de **\$1'762.047,42**, que corresponde al 75% de dicho IBL.

Establecido el correcto monto de la mesada pensional que debió reconocérsele al actor, es decir de \$1'762.047,42, las diferencias insolutas a cargo de la demandada entre el 22 de marzo de 2001 y el 31 de octubre de



EXP. 31222
2007, debidamente indexadas, arrojan un total de **\$193'787.477,41**, lo cual está reflejado en el siguiente cuadro:

FECHAS		PENSION	PENSION	DIFERENCIA	Nº DE	VALOR	VALOR	VALOR
DESDE	HASTA	RECONOCIDA	REAL	A FAVOR	MESADAS	MESADAS	INDEXACION	TOTAL
22-Mar-01	31-Dic-01	\$ 286.000,00	\$1.762.047,42	\$1.476.047,42	11,30	\$ 16.679.335,90	\$ 6.529.323,05	\$ 23.208.658,94
1-Ene-02	31-Dic-02	\$ 309.000,00	\$1.896.844,05	\$1.588.965,05	14	\$ 22.245.510,74	\$ 7.068.039,67	\$ 29.313.550,40
1-Ene-03	31-Dic-03	\$ 332.000,00	\$2.029.433,45	\$1.700.033,71	14	\$ 23.800.471,94	\$ 5.482.887,57	\$ 29.283.359,51
1-Ene-04	31-Dic-04	\$ 358.000,00	\$2.161.143,68	\$1.810.365,90	14	\$ 25.345.122,56	\$ 4.103.965,47	\$ 29.449.088,03
1-Ene-05	31-Dic-05	\$ 381.500,00	\$2.280.006,59	\$1.909.936,02	14	\$ 26.739.104,31	\$ 2.844.161,49	\$ 29.583.265,80
1-Ene-06	31-Dic-06	\$ 408.000,00	\$2.390.586,90	\$2.002.567,92	14	\$ 28.035.950,86	\$ 1.708.175,36	\$ 29.744.126,23
1-Ene-07	31-Oct-07	\$ 433.700,00	\$2.497.685,20	\$2.092.282,96	11	\$ 23.015.112,58	\$ 190.315,92	\$ 23.205.428,50
TOTAL						\$165.860.608,88	\$27.926.868,53	\$ 193.787.477,41

Por todo lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia, adicionándola para determinar el monto de la primera mesada pensional del actor a cargo de la demandada en la suma de \$1'762.047,42, a partir del 22 de marzo de 2001, y los reajustes de las mesadas causadas de la misma, debidamente indexados, causados entre el 22 de marzo de 2001 y el 31 de octubre de 2007, en la cantidad de **\$193'787.477,41** siendo el monto de la pensión a partir de esta última fecha de **\$2'497.685,20** moneda corriente.

Costas en el recurso extraordinario propuesto por la accionada, a cargo de ésta, dado que su demanda fue replicada y no tuvo éxito; no se causan en el presentado por el actor por cuanto su demanda salió avante. En segunda instancia no se causaron y las de la primera corren por cuenta de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de



EXP. 31222

Colombia y por autoridad de la Ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 23 de junio de 2006, en el proceso ordinario adelantado por **GONZALO SÁNCHEZ RIVERA** contra **BANCAFE**, en cuanto modificó la de primera instancia, para en su lugar precisar que el valor inicial de la pensión de jubilación del demandante es de \$784.224,63. En lo demás **NO SE CASA**.

En sede de instancia se confirma la sentencia de primer grado, adicionándola en el sentido de determinar el monto de la primera mesada pensional del demandante a cargo de la accionada en la suma de **UN MILLON, SETECIENTOS SESENTA Y DOS MIL CUARENTA Y SIETE PESOS, CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS (\$1'762.047,42)** moneda corriente, a partir del 22 de marzo de 2001; y se condena a ésta a pagarle al actor la suma de **CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES, SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS, CON CUARENTA Y UN CENTAVOS (\$193'787.477,41)** moneda corriente, por concepto de reajuste de las mesadas pensionales causadas, incluidas las adicionales, debidamente indexados, entre el 22 de marzo de 2001 y el 31 de octubre de 2007; siendo el monto de la pensión a partir de esta última fecha de **DOS MILLONES, CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL, SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS, CON VEINTE CENTAVOS (\$2'497.685,20)** moneda corriente.

Costas como se indicó en la parte motiva.



EXP. 31222

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

LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON

GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA

EDUARDO LOPEZ VILLEGAS

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GOMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEG0

ISAURA VARGAS DIAZ

MARIA ISMENIA GARCIA MENDOZA



**ACLARACIÓN DE VOTO DEL
MAGISTRADO GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA**

Magistrado Ponente: LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

Radicación N° 31222

Me aparto de la decisión de instancia en lo concerniente a los criterios utilizados por la Sala para actualización del ingreso base de liquidación de la mesada pensional, pues estimo que no ha podido tomarse para ello el promedio de lo devengado por el trabajador en el último año de servicios.

En mi opinión, en tratándose de pensiones como la debatida en el presente juicio, esto es, de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición pensional, debe actualizarse el ingreso base de liquidación de la prestación, pues a esos servidores les resulta aplicable el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que ha sido



EXP. 31222

claramente corroborado por las normas que han reglamentado el aludido régimen transitorio, particularmente el artículo 1º del Decreto 813 de 1994, en cuanto, al delimitar el campo de aplicación, precisa que *“...será aplicable a las pensiones de vejez y jubilación de todos los trabajadores del sector privado, de los servidores públicos, de los trabajadores independientes y de los afiliados obligatorios o facultativos del Instituto de Seguro Social”*.

El citado inciso 3º en cuestión preceptúa que el ingreso que debe tomarse en cuenta para establecer la cuantía de la pensión de jubilación de los beneficiarios de tal sistema transitorio a quienes les faltare menos de 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 éste fuere superior, actualizado anualmente con base en el índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”*.

Empero, debo aclarar que, en mi criterio, la citada disposición legal consagra dos mecanismos para el cálculo del ingreso base de liquidación: 1) Tomar el promedio de lo devengado en el tiempo que hiciere falta para que el beneficiario de la transición adquiera el derecho a la pensión, ó, 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 o de salarios, como aquí aconteció, no es posible obtener un promedio de lo percibido en el tiempo que hiciera falta para adquirir el derecho, pues no habría



EXP. 31222

sumas que calcular, ello indica 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 debe indexarse el promedio obtenido.

Pero aún de no acogerse la anterior solución, opino que la Sala en precedentes oportunidades ha ofrecido interpretaciones del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que se ajustan más al espíritu de esa disposición y que considero tienen aplicación para el caso materia de análisis. Así lo hizo en la sentencia del 29 de noviembre de 2001 (Radicado 15921), que juzgo necesario transcribir en lo que es pertinente:

“Ahora, la exégesis que por su parte propone el atacante implica en casos como el presente en que no hay coincidencia entre el momento de reunión de los requisitos y el retiro del servicio, que la fecha de entrada en vigencia del sistema sirve en principio para establecer el período faltante para adquirir el derecho, vale decir, es una simple medida de tiempo, ya que la contabilización de los aportes para liquidar la prestación debe hacerse desde la fecha a partir de la cual se hace efectivo el reconocimiento hacia atrás hasta completar el lapso inicialmente determinado.

“Dicho en otros términos, es preciso realizar dos operaciones: primero establecer cuántos días, contados desde el 1 de abril de 1994, faltaban al trabajador para reunir los requisitos y,



EXP. 31222

segundo, trasponer luego esa medida o número de días a la fecha del retiro y empezar a contar hacía atrás las sumas devengadas hasta agotar dicho lapso, cuyo promedio actualizado constituiría el IBL para liquidar la pensión.

“Ese entendimiento, estima la Corte, es el que consulta el verdadero espíritu de la ley y se ajusta cabalmente a su tenor literal, en tanto acata su exigencia de tomar en consideración únicamente el tiempo faltante para adquirir el derecho y no otro; así mismo, cumple con el principio de tener en cuenta hasta la última semana cotizada para efectos de liquidar la pensión, situación que no ocurriría si llegara a entenderse que solamente sería dable contabilizar las semanas cotizadas o los ingresos devengados hasta el día de cumplimiento de todos los requisitos, lo cual implicaría evidentemente una tremenda injusticia al dejar por fuera cotizaciones efectivamente realizadas, en desmedro de los intereses del aportante, quien realizó unos pagos que no van a tener incidencia en el monto final de su pensión, solución que iría en contravía de principios básicos de la seguridad social, como aquel de que ‘a mayor cotización, mayor pensión’, axioma que resulta congruente - además- con otro principio propio de esta disciplina jurídica, concretamente el de la proporcionalidad.



EXP. 31222

"De manera que la única hermenéutica que permite acompañar el categórico mandato contenido en el artículo 36 de la Ley 100 en el sentido de que el ingreso base de liquidación de las personas cobijadas por el régimen de transición que les faltare menos de diez años para adquirir el derecho será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, con la regla general que dispone tomar en cuenta hasta la última semana cotizada para liquidar la pensión, es la que se dejó descrita, de donde se colige, como atrás se manifestó, que inicialmente hay que determinar cuántos días, contados a partir de la entrada en vigencia del sistema (abril de 1994) faltaban para adquirir el derecho y esa unidad de tiempo trasponerla después a la fecha de la última cotización o del último salario devengado y empezarlo a contar de ahí hacía atrás, hasta completarla"

Insisto en que la anterior intelección merece ser tomada en consideración nuevamente por la Sala.

Fecha ut supra.

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

ACLARACION DE VOTO

Del Magistrado Eduardo López Villegas

Radicación: 31222

Magistrado Ponente: Luis Javier Osorio López

Demandado: Bancafé



EXP. 31222

La diferencia de criterio que me lleva a aclarar voto, pues comparto la decisión de indexar la primera mesada pensional, radica en la argumentación a la que acude la mayoría, para fundamentar la decisión ora de la indexación de la primera mesada pensional, ora de los elementos para la fórmula de su medición, conduciendo a escenarios inadmisibles a mi aviso; a) que el fundamento legal de la indexación es el de una ley distinta a la que reconoce el derecho; b) que el fundamento básico para indexar las pensiones – la autorización legal- es prescindible según el tipo de pensión que se trate, según el siguiente razonamiento:

1. La tesis reiterada de la Sala en materia de indexación de la primera mesada pensional es que esta procede cuando la ordena el legislador.

De manera que al hallar en el artículo 260 del C.S.T., modulado por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 862 de 2006, un mandato de la actualización monetaria de las pensiones el juez la debe declarar respecto a la pensión de jubilación.

2) La indexación de la primera mesada pensional no había sido otorgada respecto a pensiones como las del *sub lite*, porque: a) el legislador había faltado al



EXP. 31222

deber constitucional de disponer lo necesario para garantizar *"el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional"* como se señala en la sentencia de la Corte Constitucional C - 862 de 2006; efectivamente el Congreso incumplió por lustros la orden constitucional contenida en el artículo 48 en la parte que dice que la *ley "definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante"*; y b) porque la Corte Constitucional había consentido deliberadamente la deficiencia legislativa, y se había abstenido de utilizar ese mandato como *parámetro de "control de las medidas adoptadas por el poder legislativo en la materia"*, y había justificado como razonable que el legislador se hubiera limitado a disponer medidas de indexación parciales dejando por fuera a una población amplia de pensionados, en la sentencia 067 de 1999 de exequibilidad de la Ley 445 de 1998, como lo reseña la sentencia de la que me aparto.

3. La razón toral para que la Corte Constitucional declarara la omisión legislativa reseñada es el derecho constitucional del pensionado a que el Estado le garantice el poder adquisitivo de su mesada pensional.



EXP. 31222

Así, están por demás la invocación de principios, -ya por referencia a lo dicho por la Corte Constitucional o por esta misma Corte en jurisprudencia rectificadora-, que no armonizan con la admisión de existencia de norma expresa.

No guarda coherencia con la postura reiterada de la Sala el que luego de hallar la norma expresa que señala el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, acudir a principios que hacen superflua la disposición, o que entran en conflicto con ella en el momento de señalar su alcance, ya fuere el de la equidad, o el de la solidaridad, o el de la igualdad.

Y la igualdad es la razón invocada para extender la exequibilidad condicionada del artículo 260 del C.S.T., a las normas que regulan las pensiones de los servidores oficiales.

La invocación del principio de la igualdad se hace es respecto a todas las pensiones de las que se pueda predicar pérdida del poder adquisitivo por el tiempo transcurrido entre el momento del retiro la entidad o de la empresa luego de cumplir el tiempo de servicio y de aquel en que se satisface el requisito de la edad. Si este es un fundamento válido bastante tiempo



EXP. 31222

pierde la Sala cuando dedica en sus providencias párrafos enteros a dilucidar la autorización de ley para hacerlo.

A mi juicio el fundamento para extender las razones de la exequibilidad condicionada del jubilación del artículo 260 del C.S.T., a las normas que regulan el mismo derecho para el sector público es que el deber del legislador de garantizar el poder adquisitivo de las pensiones es respecto a todas las de rango legal, en cualquiera de sus especies; y mal cumpliría el Estado su deber si se limita a imponerlo en relación con los trabajadores particulares y se abstiene de hacerlo a sus propios servidores públicos.

5. En cuanto al cambio de la fórmula que se utiliza para la determinación de la indexación, que la comparto, pero por razones diferentes; si el fundamento de ella es la misma ley que dispone su reconocimiento, y no la Ley 100 de 1993, está de por demás el rodeo argumental para llegar a ella.

La pensión que se ordena no es del sistema general del pensiones; sea suficiente una breve pero contundente reflexión; el derecho no está a cargo de una administradora de pensiones, ni su financiación se sujeta a las reglas previstas para las que son



EXP. 31222

propias del sistema; lo reconoce una entidad empresa, que respecto a este pensionado queda liberado de todo pago, ya fuere pro cuotas partes, o bono pensional, a favor de la red de entidades propias del sistema de seguridad social.

De esta manera está por demás acudir al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para quien no está en régimen de transición para efectos de la pensión de jubilación. La principal consecuencia de esto es que el promedio base de liquidación no debe hacerse por el tiempo que hiciere falta, contado desde el inicio de la vigencia del sistema general de pensiones hasta el día que se cumpla con la edad requerida.

No se opone lo anterior a que por vía del principio de la igualdad se acuda a precisiones técnicas para la medición de la pérdida del poder adquisitivo, como es la de que esta es anual, esto es tomando como índices del IPC los de los sendos 31 de diciembre de cada año.

Con todo respeto,

Fecha ut supra

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

EXP. 31222