CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO

Magistrado ponente

SL1396-2019

Radicación n.° 61666

Acta 12

Bogotá, D. C., nueve (9) de abril dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **UNALDO DAVID GONZÁLEZ MENGUAL**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, el diez (10) de febrero de dos mil doce (2012), dentro del proceso que instauró a la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN EN LIQUIDACIÓN - CAJANAL EICE -.**

I. ANTECEDENTES

UNALDO DAVID GONZÁLEZ MENGUAL llamó a juicio a CAJANAL EICE, para que se le reliquidara su *«pensión de vejez»*, a partir del 18 de agosto de 1997, en cuantía de «*$813.569.oo*» mensuales, con los correspondientes aumentos anuales y las mesadas adicionales de junio y diciembre; que, en consecuencia, que se le pagara el retroactivo pensional, los intereses moratorios, la indexación, lo que resultare probado y las costas.

Narró, que prestó sus servicios al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, hoy Ministerio de Transporte, como trabajador oficial, entre el 6 de septiembre de 1965 y el 31 de mayo de 1994; que el último cargo que desempeñó fue el de *«CHOFER V»*; que mediante Resolución n.° 024999 de 1998, la demandada le reconoció pensión de jubilación, en cuantía de «*$478.021.92*»; que la misma le fue reliquidada a «*$562.344,61*», por Acto Administrativo n.° 20353 de 2002; que para el efecto, solo se tuvo en cuenta *«la asignación básica, dominicales y feriados, horas extras y bonificación por servicios prestados»*, como factores para conformar el salario base de liquidación, entre el «*1° de abril de 1994 y el 31 de mayo de ese mismo año*», cuando fue desvinculado como trabajador activo.

Agregó, que es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que prestó sus servicios durante «*28 años, 8 meses y 25 días*»; que cotizó 1478 semanas; que incluidos todos los factores salariales, el IBL

equivaldría a «*$1.074.434,oo*»; que de conformidad con el «*artículo 34 de la Ley 100 de 1993*», se debió calcular su mesada pensional, a junio 24 de 2004, con un 85 % del salario promedio devengado, como lo establece «*el artículo 36 de la Ley 100 de 1993*», para una mesada de «*$813.569,00 a partir del 18 de agosto de 1997*»; que agotó vía gubernativa, pero no recibió respuesta (f.° 1 a 7, del cuaderno del Juzgado).

La demandada se opuso a las pretensiones; aceptó los hechos referentes a los extremos temporales, el cargo desempeñado por el actor, su calidad de beneficiario del régimen de transición y la reclamación administrativa. Dijo que no le asistía derecho al reajuste reclamado, en el que se le incluyeran los conceptos pretendidos, por cuanto se trata de prestaciones sociales que no constituían factor salarial; que serían salario, aquella retribución que se origina directamente por la prestación personal del servicio; que por ser beneficiario del régimen de transición, se le preservó lo concerniente a la edad, tiempo y monto de la pensión, conforme la «*Ley 33 de 1985*», que es clara en señalar, «*como único el porcentaje el 75% de la asignación salarial, sin dar lugar a recompensar el tiempo servido, por encima de los 20 años*».

Propuso como excepciones perentorias, las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, violación al principio de legalidad, violación al principio constitucional de sostenibilidad presupuestal, violación al principio de la

solidaridad, buena fe, prescripción de mesadas y la genérica e innominada (f.° 29 a 40, *ibídem*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, el 13 de diciembre de 2010, mediante la cual absolvió a la demandada y condenó en costas (f.° 146 a 152, *ibídem*).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, al decidir la apelación de la parte demandante, en sentencia del 10 de febrero de 2012, confirmó la de primer grado y se abstuvo de condenar en costas.

Argumentó, que se encontraba fuera de discusión que el demandante era pensionado por CAJANAL, con fundamento en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que tuvo la condición de trabajador oficial; que debía establecer si para la liquidación de la pensión de jubilación, debían ser incluidos, como factores salariales, los conceptos devengados por el accionante durante 1994, por auxilio de alimentación, primas de vacaciones, navidad y servicios.

Precisó, que de conformidad con el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión,

continuaban gobernándose por las leyes anteriores; que lo concerniente a la forma de cuantificación, factores salariales y demás términos para liquidar la prestación, se regulaban por la Ley 100 de 1993, como lo explicó la Corte en la sentencia CSJ SL, 24 feb. 2009, rad. 31711, en la que se reiteró lo expuesto en la CSJ SL, 26 feb. 2002, rad. 17192.

Concluyó, que en armonía con la citada jurisprudencia, «*a falta de regulación expresa que determine los factores salariales para liquidar la pensión de jubilación de aquellos servidores públicos cobijados por el régimen de transición, debe acudirse a lo previsto en artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y en el D. 610 modificado por el D. 1158 de 1994*»; que en tales condiciones, resultaba improcedente la reliquidación de la prestación en la forma pretendida, ya que las normas en cita, contemplaban como factores de salario, la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica, ascensional, de capacitación cuando estas sean factor de salario; dominicales y festivos, trabajo suplementario en jornada diurna o nocturna y la bonificación por servicios prestados, de los cuales el demandante sólo había percibido la asignación básica, horas extras, dominicales y festivos y la bonificación por servicios; que «e*l auxilio de alimentación y las primas de vacaciones, navidad y de servicios, son de naturaleza extralegal y por ende no pueden tenerse como factores salariales para ese efecto*» (f.° 38 a 49 del cuaderno del Tribunal).

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte case la sentencia del Tribunal, para que, en sede de instancia, revoque la del Juzgado y, en su lugar, condene a la accionada, conforme a lo pretendido en la demanda (f.° 9 a 10, *ibídem*).

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, que no fue replicado.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia impugnada, de violar por la vía directa, en la modalidad de aplicación indebida, del *«Decreto 610 de 1994, modificado por el […] 1158 de 1994; artículo 36 de la Ley 100 de 1993; […] 1° de la Ley 33 de 1985; y […] 3° de la Ley 62 de 1985».*

Argumenta, que el Tribunal fundamentó su decisión, en las Leyes 33 y 62 de 1985, cuando ninguna de ellas se refiere a «*LA LIQUIDACIÓN DE LA MESADA PENSIONAL INICIAL de los funcionarios del Estado, olvidándose de aplicar debidamente, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993*», que remite a la anterior normativa, en lo que respecta a la edad y tiempo de servicio y hace una diferenciación entre aquellas personas que les faltare menos o más de 10 años para cumplir con todos los requisitos pensionales y dispone que, a los

primeros, se les debe calcular la mesada con base en el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta, sin supeditarlos a los aportes, evento en el cual, *[…] nos debemos ubicar en las definiciones de salarios dadas por […] el artículo 127 del CST, modificado por el […] 14 de la Ley 50 de 1990*», que textualmente señala lo que constituye salario, mientras que a los segundos, se les calculará con base en los factores salariales que sirvieron de base para calcular las cotizaciones; que la Constitución garantiza las pensiones de vejez, cualquiera que sea su origen, por lo que no pueden ser desconocidas, ya que, por mandato expreso de los artículos 1° y 3° de la Ley 100 de 1993, son irrenunciables; que con esos criterios, es que el Tribunal debió revocar la sentencia del Juzgado (f.° 4 a 13 *ibídem*).

VII. CONSIDERACIONES

Dada la vía de ataque selecciona por la censura, no es objeto de controversia, que el actor prestó servicios en el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, hoy Ministerio de Transporte, entre el 6 de septiembre de 1965 y el 31 de mayo de 1994; que es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que mediante Resolución n.° 024999 del 22 de septiembre de 1998, la entidad demandada le reconoció pensión de jubilación, en cuantía de «*$478.021.92*» a partir del 18 de agosto de 1997; que la misma le fue reliquidada a la suma de «*$562.344,61*», por Resolución n.° 20353 del 26 de julio de 2002, con el 75 % del promedio de lo devengado entre el 1° de abril y el 30 de mayo de 1994, a partir del 8 de agosto de 1997.

En tal escenario, encuentra la Corte que el Tribunal no incurrió en la equivocación jurídica que le increpa la censura, cuando concluyó que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, continúan gobernándose por las leyes anteriores y que, en lo concerniente a la cuantificación de la prestación que le fue reconocida, los factores salariales para liquidarla, se regulan por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, pues en relación a la forma como, para el efecto, debe determinarse el ingreso base de liquidación, la demandada se atuvo a la anterior normativa, como le era imperativo.

Así lo ha adoctrinado pacíficamente la jurisprudencia de la Sala, como es posible advertirlo en sentencias tales como la CSJ SL3291-2018, la que a su vez reiteró la CSJ SL19439-2017 y la CSJ SL7410-2016, en los siguientes términos:

> *[…] El punto que el recurrente somete a consideración de la Corte, ya ha sido objeto de pronunciamiento en reiteradas ocasiones, siendo pertinente traer a colación lo dicho en la sentencia de 10 de mayo de 2011, radicado 37.929 en la que expresó:*
>
> *[…]*
>
> *El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

En relación con el régimen de transición pensional y la regulación del ingreso base de liquidación, explicó esta Sala en la sentencia del 17 de octubre de 2008, radicación 33343, 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.

[…]

De manera que resulta claro, que cuando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere al monto de la pensión, hace alusión a uno de los elementos que los beneficiarios del régimen de transición preservaban del sistema anterior, por lo que se refiere justa y únicamente al porcentaje del ingreso base de liquidación que dicho régimen preveía, que para el caso de los servidores públicos es del 75% de acuerdo con lo que estatuía la Ley 33 de 1985, pero allí no se entendía incorporado el período temporal que se tomaría para hacer la liquidación, que es lo que técnica y jurídicamente se denomina ingreso base de liquidación, y que es el que se determina por el promedio de los ingresos salariales que van a servir de base para liquidar la pensión, extraído del período señalado en la ley para tal efecto que, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición está constituido por el tiempo transcurrido entre la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y aquella en que el afiliado cumpla los requisitos para la pensión, siempre que le faltaren menos de 10 años para ello […].

Así las cosas, teniendo en cuenta que al actor, al 1° de abril de 1994, le faltaban menos de 10 años para consolidar el derecho pensional, por ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su pensión de vejez se rige por el régimen anterior en cuanto a la edad, tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto, pero en lo referente al IBL, se regula por el inciso 3° de esa norma.

Igualmente, en cuanto a los factores salariales que la demandada tuvo en cuenta para liquidar la prestación, tampoco erró el sentenciador de segundo grado, cuando

acudió a lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, pues frente a ese puntual aspecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha venido sosteniendo, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL569-2018, que dicha norma,

> *[…] consagra de manera expresa los factores que conforman la base salarial de las pensiones reguladas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que justamente sirven como base para hacer los aportes al sistema de pensiones, por lo que no pueden incluirse conceptos diferentes que, si bien hubiesen sido devengados por el trabajador, no fueron tenidos en cuenta para las respectivas cotizaciones; y que el sistema general de seguridad social integral se soporta fundamentalmente en las cotizaciones que hagan los obligados y, por ende, las prestaciones económicas otorgadas deben ser un reflejo directo de los aportes efectuados, de manera que la interpretación más acorde con la estructura y finalidad del sistema es aquella que entiende que la liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, de conformidad con el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, debe hacerse teniendo en cuenta los ingresos recibidos por el afiliado que sirvan de base para el cálculo de las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones.*

En la mencionada sentencia se reiteró, además, el criterio que se encuentra vigente, en cuanto a la aplicabilidad de aquel decreto, en lo atinente a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones de beneficiarios del régimen de transición, plasmado en la sentencia CSJ SL3839-2015, en la que al respecto se razonó:

> *En un caso, de idénticas dimensiones al que hoy se examina, contra la misma entidad demandada, esta Sala, en la sentencia CSJ SL, 6 sept. 2012, rad. 53669, sobre este tema concreto, afirmó:*
>
> *"La controversia gira en torno a los factores salariales que se deben tener en cuenta para obtener el IBL, para liquidar la pensión de vejez, de quien ostentó la calidad de empleado público y es beneficiario del régimen de transición; asunto que asumió esta jurisdicción en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, dado que lo pretendido por el actor es la reliquidación de la pensión de vejez*

reconocida en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, norma que hace parte del Sistema de Seguridad Social.

[…]

Esta Sala ya se pronunció en un caso similar al del sub lite, en sentencia proferida el 24 de abril de 2012, radicado n.° 40961, que reiteró la posición asumida frente a la forma de obtener el IBL para aquella persona que reclama una pensión de jubilación a la luz del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y es beneficiaria del régimen, así:

"A lo ya discurrido, debe agregarse que, en todo caso, no aplicó el ad quem indebidamente las normas denunciadas, pues justamente aquellas regulan el asunto aquí debatido, tal como se dijo en sentencia 37929 de 10 de mayo de 2011, que en lo pertinente se trae a colación:

"(…) de interpretarse de manera literal la norma, que es lo que en realidad propone la recurrente, en el primer caso el ingreso base de liquidación estaría constituido por los ingresos que adquirió efectivamente el trabajador, mientras que, en el segundo, lo estaría por las sumas sobre las cuales cotizó al sistema de seguridad social en pensiones, lo que arrojaría resultados diferentes en tratándose de servidores públicos, porque, como se sabe, respecto de ese grupo de trabajadores la base de su cotización no se integra con todos los ingresos salariales, pues se excluyen algunos, de conformidad con lo establecido inicialmente por el artículo 6° del Decreto 691 de 1994 y actualmente por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

Sin embargo, para la Corte esa interpretación exegética propuesta en el cargo no se corresponde con la naturaleza especial del régimen de transición pensional, ni con los principios que inspiran el sistema general de pensiones consagrados en la Ley 100 de 1993, porque el correcto entendimiento del aludido precepto no puede efectuarse de manera aislada del contexto del sistema general de pensiones, sino que debe llevarse a cabo de manera sistemática con lo esencial de las reglas que gobiernan ese sistema y corresponderse armónicamente con sus regulaciones.

Por esa razón, debe tenerse en cuenta que una característica esencial del sistema general de pensiones es la obligación de efectuar los aportes que se establecen en la Ley 100 de 1993, conforme lo consagra el literal d) de su artículo 13.

Esa fundamental característica encuentra cabal desarrollo en el artículo 18 de ese estatuto, en cuanto determina que la base para calcular las cotizaciones será el salario mensual, para los trabajadores del sector privado el que resulte de aplicar el Código Sustantivo del Trabajo, y para los servidores públicos, como la aquí demandante, el que se señale de conformidad con la Ley 4 de 1992; señalamiento que actualmente hace, como se dijo, el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

Lógica consecuencia de ello es que en un sistema esencialmente contributivo como el consagrado en esa ley, la determinación del monto de las pensiones debe estar en función de las cotizaciones efectuadas, de ahí que, en principio, aquellas prestaciones causadas cuando esa cotización es obligatoria, esto es, como regla general, después del 1° de abril de 1994, deben tener como parámetro el ingreso que haya servido de base para efectuar la cotización del afiliado, salvo en los casos de excepción que la jurisprudencia laboral ha tenido oportunidad de puntualizar, como el de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición que no devengaron salario ni efectuaron cotizaciones en vigencia del sistema pensional consagrado en las varias veces citada Ley 100 de 1993, que no es la situación debatida en el presente proceso.

Así lo explicó esta Sala de la Corte en la sentencia del 27 de marzo de 1998 (Rad. 10440) (…).

Así las cosas, la regla establecida por el legislador en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 respecto del Ingreso Base de Liquidación es especial e independiente de las que gobernaban ese tema en los regímenes anteriores y, en consecuencia, no debía estar sujeta a los mismos lineamientos.

Por lo tanto, concluye la Corte que el término devengado, al que se alude en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe entenderse conformado con los ingresos recibidos por el afiliado que, de conformidad con lo establecido por las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993, en particular el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sirvan de base para el cálculo de cotizaciones al sistema general de pensiones.

Importa precisar que esa interpretación adoptada por la Corte, que aquí se reitera, no va en contra de lo que ha sido el tratamiento legislativo de la base de liquidación de las pensiones, pues si bien es cierto en varias de las disposiciones legales se acudió al concepto de lo devengado por el trabajador, la Ley 33 de 1985, que es la antecedente de la Ley 100 de 1993, en tratándose de servidores públicos como la actora, al igual que lo hizo ésta, se remitió a la base de los aportes, ya que con toda claridad se indicó en el tercer inciso del artículo 3° que "las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Esa disposición fue reiterada por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que determinó la base de liquidación de los aportes de los, en ese entonces, denominados empleados oficiales, excluyendo algunos conceptos salariales, y precisó que, "En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Por manera que la directa relación entre las sumas sobre las que ha debido aportarse y la base de liquidación de la pensión, no es una novedad introducida por la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, frente a la segunda inconformidad del recurrente, relativa a la inaplicabilidad del Decreto 1158 de 1994, en lo relativo a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones de beneficiarios del régimen de transición, la misma sentencia en cita, resaltó:

"De lo que viene de decirse, se concluye que toda vez que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puntualiza cuáles son los elementos o factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación, ante esa omisión es dable acudir al artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 para establecerlo, de conformidad con lo señalado por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, no encuentra la Corte razones para modificar el que ha sido su criterio, expuesto, entre otras, en la sentencia del 26 de febrero de 2002, radicación 17192, que aquí se ratifica y en la que se explicó:

"El artículo 36, inciso 3°, de la Ley 100 de 1993, no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición, que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso.

Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la ley de seguridad social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992. Y no debe perderse de vista lo que precisaron las normas reglamentarias al respecto para trabajadores particulares y para servidores públicos.

Surge entonces de lo expuesto que el juzgador de segundo grado no se equivocó al aplicar en este caso el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1158 de 1994 que señala los factores que determinan el salario mensual de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, dado que esta disposición forma parte de dicho régimen y en ella no se hace exclusión de ninguna clase".

En consecuencia, como el Juez colegiado resolvió el asunto sometido a su consideración, en armonía con los lineamientos fijados por esta Sala en la jurisprudencia que se acaba de referir, el cargo no prospera.

Sin costas del recurso extraordinario, por cuanto no hubo réplica.

VIII. DECISIÓN

A causa 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, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, el diez (10) de febrero de dos mil doce (2012), dentro del proceso que **UNALDO DAVID GONZÁLEZ MENGUAL**, adelanta contra la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN EN LIQUIDACIÓN -CAJANAL EICE -.**

Costas como se dijo en la motiva.

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

SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO

CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA

CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO