



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

**GERARDO BOTERO ZULUAGA  
Magistrado Ponente**

**SL7061-2016**

**Radicación N° 48765**

**Acta N° 17**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por ambas partes, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de abril de 2010, en el proceso ordinario adelantado por **JAIME ENRIQUE PERDOMO VARGAS** y **LUIS JOSÉ ÁVILA CÁRDENAS** contra el **BANCO POPULAR S.A.**

**I. ANTECEDENTES**

Con la demanda inicial, solicitaron los actores que se condene a la entidad accionada al reconocimiento de la pensión de jubilación, a partir de la fecha en que cumplieron 55 años de edad, cuyo salario base de liquidación que

corresponde al promedio de lo devengado en el último año de servicios deberá actualizarse, incluyendo todos los factores salariales entre ellos la prima de antigüedad; y al pago de las mesadas causadas, los incrementos anuales de ley, los intereses moratorios o en subsidio la indexación de las sumas adeudadas, más las costas del proceso.

Como fundamento de esos pedimentos, LUIS JOSÉ ÁVILA CÁRDENAS argumentó que laboró para el BANCO POPULAR desde el «*21 de julio de 1.993 (sic) y el 6 de junio del 2008 (sic)*», esto es, «*más de 22 años*» como trabajar oficial; que cumplió 55 años de edad el 6 de junio de 2008; que el salario promedio del último año de servicios ascendió a la suma de \$475.905,66 y, que agotó la reclamación administrativa reclamando la pensión oficial, la cual fue contestada de forma negativa; JAIME ENRIQUE PERDOMO VARGAS, manifestó que sostuvo una relación laboral con el ente accionado desde el «*1° de septiembre de 1971 y el 2 de febrero de 1992*» en calidad de trabajador oficial, que el 12 de julio de 2005 cumplió 55 años de edad, que el salario promedio del último año de servicios fue el valor de \$423.663,20, que agotó la reclamación administrativa para que se le reconociera la pensión y la entidad bancaria negó su petición; así mismo, refirieron que el Banco Popular cancela a sus trabajadores cada cinco años de servicios, una prima de antigüedad pactada convencionalmente, la cual se ha incluido como factor de salario en la liquidación de las pensiones de jubilación siempre que se haya recibido en el último año de servicios; que el ente accionado afilió a los demandantes durante la relación laboral al ISS, por los riesgos de IVM; que las cotizaciones realizadas por tales conceptos no se efectuaron sobre el salario promedio real; que esta Sala se ha pronunciado

favorablemente, y ha otorgado pensiones de jubilación oficial en casos similares.

La parte accionada al dar respuesta a la demanda, se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con la existencia de la relación laboral para con los demandantes, el tiempo de servicios al Banco superior a 20 años, la afiliación al ISS, el cumplimiento de los 55 años de edad aclarando que ello sucedió después de desvinculados y cuando la entidad ya era privada, la solicitud que elevaron los citados trabajadores reclamando su pensión oficial, los extremos temporales en relación con el accionante JAIME ENRIQUE PERDOMO VARGAS, con la aclaración que el actor LUÍS JOSÉ AVILA CÁRDENAS laboró fue entre «septiembre 1° de 1970 al 20 de julio de 1993», así mismo admitió la existencia de la cláusula convencional que estipula el pago de la prima de antigüedad alegando que no tiene carácter salarial; de los demás supuestos fácticos manifestó que no son ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, subrogación del riesgo de vejez por parte del ISS, inexistencia del derecho, inaplicabilidad del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, cobro de lo no debido, cosa juzgada, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad del acuerdo interadministrativo celebrado con el ISS y cumplimiento de las obligaciones contraídas por la demandada.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento que lo fue el Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 30 de abril de 2009 (folios 368 a 379 del cuaderno principal), resolvió:

*“PRIMERO: CONDENAR al BANCO POPULAR a pagar al señor JAIME ENRIQUE PERDOMO VARGAS la pensión de jubilación a partir del 12 de julio de 2005 y LUIS JOSÉ ÁVILA CARDENAS (sic) pensión de jubilación a partir del 6 de junio de 2008, en cuantía correspondiente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, valor que se debe ser indexado con base en el IPC certificado por el DANE, con sus ajustes legales y mesadas pensionales adicionales hasta que reúna los requisitos para acceder a la pensión de vejez reconocida por el ISS y de ser el caso pagar la diferencia entre lo que reconozca el Instituto de Seguro Social y la pensión que viene cancelando.*

**Segundo:** *Condenas (sic) la demandada a cancelar los intereses moratorios por el no pago oportuno de la pensión decretada a partir del 1 de (sic) octubre de 2008 para el señor LUIS JOSÉ ÁVILA CARDENAS (sic). Y a partir del 1 de noviembre de 2008, para el señor JAIME ENRIQUE PERDOMO VARGAS.*

**Tercero:** *Declarese (sic) probada la excepción de prescripción formulada por el actor (sic).*

**Cuarto:** *Condénese en costas a la parte demandada. TÁSENSE.”*

### **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Al resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 30 de abril de 2010 (folios 11 a 30 y vto. del cuaderno del Tribunal), modificó el fallo apelado, en los siguientes términos:

**1. MODIFICAR** *el numeral primero de la sentencia apelada y en su lugar condenar a la accionada a pagar a LUIS JOSÉ ÁVILA CARDENAS (sic), pensión de jubilación en cuantía inicial de [\$]461.500 a partir del 6 de junio de 2008; y a JAIME ENRIQUE PERDOMO VARGAS en cuantía inicial de \$408.000, a partir del 18 de julio de 2005, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.*

**2. REVOCAR** *el numeral segundo de la sentencia apelada y en su lugar CONDENAR al BANCO POPULAR, a indexar las sumas de dinero que resulten a favor de cada uno de los demandantes conforme a lo dispuesto en la parte motiva de ésta (sic) providencia.*

**3. ADICIONAR** *la sentencia de primera instancia, para DECLARAR NO PROBADA la excepción de cosa juzgada propuesta por la apoderada de la accionada.*

**4. CONFIRMAR** la sentencia apelada en sus demás partes, pero por las razones expuestas.

**5. SIN COSTAS** en la apelación”.

Para esta decisión, y en lo que al recurso extraordinario concierne, tuvo por ciertos los siguientes supuestos fácticos: (i) Que JAIME ENRIQUE PERDOMO VARGAS prestó sus servicios al Banco Popular entre el «1° de septiembre de 1971 y el 2 de febrero de 1992» y LUIS JOSÉ ÁVILA CÁRDENAS del «1° de septiembre de 1970 hasta el 21 de julio de 1993», según consta en los contratos de trabajo suscritos y la liquidación de prestaciones sociales de fls. 15 a 16 y 18); y (ii) que son beneficiarios del régimen de transición establecido en la L. 100/1993 Art. 36, por cuanto al 1° de abril de 1994 tenían más de 40 años de edad (fls. 5 y 8) y un tiempo de servicios superior a 15 años (fls. 7 y 17).

A continuación, señaló que la controversia se centra en definir cuál es el régimen legal aplicable a los demandantes, si el que se encontraba vigente al momento de la terminación del vínculo contractual, o el que regía para el momento en que aquéllos cumplieron el requisito de la edad, y precisó que la reglamentación que se aplica en materia pensional es la vigente para el momento en que se causa el derecho, esto es, cuando ocurren los dos supuestos fácticos que la norma contemplan para tener derecho a la pensión: la edad y el tiempo de servicios o de cotizaciones al sistema; que no obstante, cuando tales condiciones son modificadas por la entrada en vigencia de una nueva regulación, se crea un régimen de transición normativa, en aras de mantener las condiciones anteriores,

que fue lo que ocurrió con la Ley 100 de 1993 art. 36 que lo estableció; que tal régimen anterior, para el caso de los demandantes, dada su condición de trabajadores oficiales “*al momento del retiro*”, es la Ley 33 de 1985, art. 1°, que transcribió, al igual que apartes de la sentencia de la CSJ SL, 6 jul. 2000, rad. 13336, para concluir que los promotores del litigio, tienen derecho, al pago de la pensión deprecada, por tener 20 años de servicios mientras el banco demandado fue de carácter estatal y haber cumplido 55 años de edad, Jaime Enrique Perdomo el 12 de julio de 2005 y Luis José Ávila Cárdenas el 6 de junio de 2008 (fls. 5 y 8).

Respecto de la entidad obligada a reconocer el derecho, adujo que si bien los actores fueron afiliados al ISS para los riesgos de IVM, la jurisprudencia de esta Sala, ha señalado que la pensión debe ser asumida por la entidad empleadora, con la posibilidad de ser compartida en todo o en parte de su obligación al iniciarse el pago de la pensión de vejez, por parte de dicho Instituto (Sentencia CSJ SL, 10 ag. 2000, rad. 14163).

Frente al ingreso base de liquidación, precisó que, para los beneficiarios del régimen de transición, si bien la Ley 100 de 1993, preservó la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión consagrados en normas anteriores, no hizo lo mismo con respecto al IBL que quedó regulado en el inciso 3° del art. 36; que como quiera que el tiempo que les hacía falta a los demandantes para causar el derecho era superior a 10 años contados a partir del 1° de

abril de 1994, resulta aplicable, lo establecido en el Art. 21 *ibídem*, que prevé que el ingreso de base para liquidar la primera mesada pensional de los actores sería el promedio de los salarios o rentas devengados en los 10 años anteriores a la fecha en que se causó la pensión, es decir, aquella en que cumplieron la edad, o el promedio de toda la vida laboral si es más favorable, siempre y cuando hayan cotizado 1250 semanas como mínimo; que en el *sub lite* se debe acoger la primera opción de los 10 años, porque los actores solamente cotizaron durante todo el tiempo “1056 (folio 300) y 1230 semanas (folio 310)”, respectivamente.

Procedió a realizar los cálculos pertinentes para obtener el IBL de la pensión, durante los últimos 10 años anteriores al cumplimiento de la edad, encontrando que en ese periodo el demandante LUIS JOSÉ ÁVILA CÁRDENAS (Del 6 de junio de **1998** al mismo día y mes de **2008**), reportó cotizaciones (como trabajador independiente) desde octubre de 1999 a junio de 2006, y hechas las operaciones del caso obtuvo un total devengado de \$986.858.096,00 que al dividirlo por 1.958 días efectivamente cotizados en ese lapso, arroja un IBL por valor de \$504.013,00, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75% la primera mesada equivale a la cantidad de \$378.009,00 mensuales. Del mismo modo, para JAIME ENRIQUE PERDOMO VARGAS, en los 10 años que anteceden al cumplimiento de la edad (Del 12 de julio **1995** al mismo día y mes de **2005**), reportó cotizaciones (como trabajador independiente) de febrero de 2001 a junio 2005, y efectuadas las operaciones matemáticas dio un total devengado de \$564.154.664,00,

que al dividirlo por 1.350 días efectivamente cotizados en ese interregno se obtuvo un IBL por la suma de \$417.862,00, que al aplicarle el 75% da como resultado una mesada pensional en cuantía mensual de \$313.419,00.

Expresó que como los montos de las anteriores mesadas pensionales son inferiores al mínimo legal vigente para los años 2008 y 2005, deben ajustarse al salario mínimo correspondiente para cada anualidad, esto es \$461.500,00 y «\$408.000,00» (sic), respectivamente, sumas a tener en cuenta para impartir las condenas.

Especificó que en el caso del actor PERDOMO VARGAS, si bien cumplió los 55 años de edad el 12 de julio de 2005 por haber nacido el mismo día y mes del año 1950 (fl. 8), el pago de la pensión lo será a partir del 18 de julio de 2005, por encontrarse las mesadas anteriores prescritas, ya que la reclamación administrativa con que se interrumpió la prescripción se hizo hasta el 18 de julio de 2008 (fl. 9), ello conforme lo dispuesto en el art. 151 del CPT y SS. Que respecto a ambos demandantes, una vez el ISS reconozca la pensión de vejez, quedará a cargo del banco demandado únicamente el mayor valor si lo hubiere.

En lo que atañe a la inclusión de la prima de antigüedad como factor para determinar el IBL pensional, luego de reproducir apartes de la sentencia de la CSJ SL, 15 jul. 2003, rad. 19557, sobre la prescripción de factores salariales para integrar la base salarial de la pensión, afirmó que como quiera que en el *sub lite* “no se ha pagado la

*primera mesada pensional, es claro que el trabajador no ha podido reclamar la inclusión de tal factor y en consecuencia no podía operar el fenómeno prescriptivo” y por ello se debe tener como factor salarial de conformidad con lo previsto en el art. 1° del Decreto 691 de 1994. Sin embargo, que en el caso del demandante JAIME PERDOMO VARGAS, respecto de quien se está reclamando su inclusión, no resulta viable tal pedimento, toda vez que dicha prima de antigüedad no fue devengada por éste dentro del periodo que se tuvo en cuenta para calcular el IBL, es decir dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad, pues aquella se pagó el 31 de octubre de 1991 (fl. 17 y 254), lo que amerita la confirmación de la decisión apelada en este punto.*

En punto a la pretensión del pago de los intereses moratorios, aseveró que esta Sala ha definido que en prestaciones como la reclamada, no hay lugar a su reconocimiento, pues aquellos están reservados para las pensiones causadas con sujeción íntegra al Sistema de Seguridad Social previsto en la Ley 100 de 1993 y transcribió segmentos de la sentencia de la CSJ SL, 11 sep. 2007, rad. 31262, que lleva a que se revoque la condena impuesta por intereses de mora.

Afirmó que como quiera que en la demanda se solicitó de manera subsidiaria la indexación de las condenas, la misma resulta procedente, conforme a la jurisprudencia que en torno al tema a emitido esta Corporación, en la que se ha definido la necesidad de actualizar aquellas obligaciones existentes y exigibles originadas en la ley, que

no tengan ningún mecanismo para que al acreedor se le entregue la prestación a la que tiene derecho en términos de su poder adquisitivo, pues con ello se restablece el equilibrio perdido en la relación jurídica emanada de la norma, y apoya su postura en algunas fracciones de la sentencia de la CSJ SL, 18 ag. 1999 rad. 11818, que reprodujo.

Adujo frente a la excepción de cosa juzgada que se propuso en relación con el demandante LUIS JOSÉ ÁVILA CÁRDENAS, que no podía prosperar, porque en la conciliación que celebraron las partes el 28 de junio de 1993 (fls. 242 y 243 vto), no se hizo referencia a la pensión de jubilación ahora reclamada y, por ende, se adicionará el fallo del *a quo* para declarar no probado ese medio exceptivo.

Finalmente, se ocupó del descuento por concepto de los aportes a salud equivalentes al 12%, para manifestar la negación de tal solicitud elevada por la demandada apelante de que se ordene los mismos, en tanto el pago de las *“mesadas retroactivas tiene una finalidad indemnizatoria que compensa la mora imputable al empleador que negó el reconocimiento oportuno de la prestación, por lo cual no tendría ningún sentido, que el pensionado fuera condenado al pago del aporte que no se hizo en tiempo por culpa no suya sino de su empleador”* y, que *“los periodos durante los cuales dichos aportes amparaban la salud del trabajador ya transcurrieron”,* por lo que en caso que la entidad de seguridad requiera el pago de los mismos, *“su valor deberá ser cubierto por el empleador, pues fue su omisión la que impidió, no solo el pago oportuno de los aportes, sino también el amparo del pensionado*

*durante esos lapsos”.*

#### **IV. RECURSOS DE CASACIÓN**

Interpuesto por ambas partes, la Sala, por razones de método procederá a estudiar, en primer lugar, el recurso extraordinario sustentado por la parte demandada y posteriormente, el de la parte actora.

#### **V. RECURSO DE CASACIÓN PARTE DEMANDADA**

El Banco accionado, pretende según lo manifiesta en el alcance de la impugnación, que esta Sala CASE la sentencia impugnada, con el fin de que, una vez constituida en sede de instancia, revoque en su integridad la del *a quo*. Subsidiariamente, solicita que en el evento hipotético de llegar a considerar procedente el reconocimiento pensional de los accionantes, esta Corporación *“case la sentencia impugnada, con el fin de que una vez constituida en sede de instancia, modifique el numeral primero del fallo del a-quo y, en su lugar, disponga que las la pensiones deberán ser liquidadas con el 75% del salario promedio devengado por los demandantes en los últimos diez (10) años de servicios y faculte al Banco Popular para descontar de las mesadas reconocidas, la suma correspondiente a los aportes obligatorios por salud a cargo de los pensionados.*

Con tal objeto formuló tres cargos, que dentro de la oportunidad legal fueron replicados. La Corte, por razones de método, comenzará por estudiar la acusación segunda, continuará con la tercera y concluirá con la primera.

## VI. SEGUNDO CARGO

Acusó la sentencia impugnada de aplicar indebidamente *“los artículos 3° y 76 de la Ley 90 de 1946; 1 literal c), 11 y 12 del Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1° del Decreto 3041 de 1966, los artículos 2° del Decreto Ley 433 de 1971; 6°, 7° y 134 del Decreto 1650 de 1977, 1° de la Ley 33 de 1.985; 28 y 57 del Acuerdo 044 de 1989 expedido por Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1° del Decreto 3063 de 1989; 11, 36, 133, 151 y 289 de la Ley 100 de 1993, 3° y 4° del Código Sustantivo del Trabajo,; los artículos y el artículo 1° del Acuerdo 049 de 1990 expedido por el Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1° del Decreto 758 de 1990.”*

Para su demostración, comenzó por manifestar que la naturaleza jurídica que ostenta el empleador es la condición que determina el régimen legal a aplicar a sus servidores. De ahí, que al ser el Banco una entidad privada al momento en que los demandante cumplieron con los requisitos de pensión, el régimen legal aplicable es el privado.

Señaló que el L. 100/1993, Art. 36, remite al régimen anterior al cual se encuentren afiliados los trabajadores, incluyendo a los que tenían la calidad de empleados oficiales, por lo que debe entenderse que el régimen anterior en este asunto es el propio de los particulares; que por haber sido los demandantes afiliados al Instituto de Seguros Sociales, es a ésta última entidad a la que le corresponde asumir el pago de la pensión pretendida; que

conforme a lo dispuesto por L. 90/1946, Art. 76, el seguro de vejez reemplazó a la pensión de jubilación; y que D. 433/1971, Art. 2, dispuso que estarían sujetos al Seguro Social Obligatorio, entre otros *“todos los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, de carácter nacional, departamental o municipal, que para los efectos del seguro social obligatorio estarán asimilados a trabajadores particulares”*.

Adujo que la asimilación de los trabajadores oficiales a los particulares, ya había sido establecida por la L.90/1946, Art. 3; que, en el caso de las personas que cumplieron la edad cuando estaban afiliadas al ISS, no corresponde aplicar la L. 33/1985, sino la L. 90/1946, el A. 224/1966, el D. 433/1971, D. 1650/1977 y el A. 049/1990, aprobado por el D .758/1990; que el A. 224/ 1966, dispuso que quedaban sujetos al seguro social obligatorio, los trabajadores que mediante contrato de trabajo prestaran sus servicios a entidades de derecho público, en la construcción o conservación de obras públicas y en empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales; que en el A. 049/1990, entre *“los afiliados en forma facultativa, están comprendidos los servidores de las entidades oficiales del orden estatal que, al 17 de julio de 1977, se encontraban registradas como patronos ante el ISS”*, que, dice, es precisamente la situación de los actores; que en el presente caso, los demandantes resultaron asimilados a trabajadores particulares, por lo que, en términos del A. 224/1996, Art. 11, el derecho a la pensión, lo obtendrá al cumplir los requisitos establecidos en los reglamentos.

Finalmente, recalcó que la Corte Constitucional ha señalado que el Instituto de Seguros Sociales tiene la naturaleza jurídica de Caja de Previsión Social; que al no entender el Tribunal que, conforme a lo dispuesto en el D. 433/1971, Art. 2, los trabajadores oficiales afiliados al ISS se asimilaban a los trabajadores particulares, aplicó en forma indebida las disposiciones señaladas en la proposición jurídica.

## **VII.- LA RÉPLICA**

La parte actora solicitó el rechazo del cargo por cuanto la Sala de Casación Laboral ya tiene definido el derecho a la pensión plena de jubilación oficial a cargo del Banco demandado, respecto de los trabajadores que se encuentran en transición.

## **VIII. SE CONSIDERA**

Como bien se colige, el cargo se orienta a que se determine jurídicamente: a) Que la entidad demandada, por razón de su privatización, no está obligada a asumir el pago de la pensión de jubilación que imploran los demandantes, con base en el régimen de transición, habida cuenta que en sentir del recurrente, al no haberse consolidado el derecho mientras el Banco era de naturaleza pública, éstos apenas tenía una mera expectativa para acceder a una pensión oficial; y b) que los accionantes por haber estado afiliados al Instituto de Seguros Sociales y cotizado para los riesgos de IVM, durante la vigencia de la relación laboral, su situación

pensional cambió y por ende se les deben aplicar las normas propias del trabajador particular, esto es, lo reglado por la L. 90/1946, el A. 224/1966 aprobado por el D.3041/1966, los D. 433/1971 y 1650/1977 y el A. 049/1990 aprobado por el D. 758/1990, que es la legislación que les da derecho a percibir la pensión de vejez, una vez reúnan los requisitos allí señalados.

Teniendo en cuenta lo anterior, es de advertir, que la calidad de trabajador oficial no desaparece por motivo del cambio de naturaleza jurídica de la entidad, pues como lo ha reiterado en numerosas ocasiones esta Corporación, esa mutación no tiene el mérito de afectar el escenario jurídico, respecto de la pensión de un trabajador que completó el tiempo de servicios que le asigna la ley antes de la privatización del ente empleador (sentencia CSJ SL, 10 nov. 1998, rad. 10876).

A más de lo anterior, es de acotar que la situación pensional de los demandantes, está gobernada por la L.33/1985, por cuanto prestaron sus servicios en condición de trabajadores oficiales por más de 20 años, aunque en el transcurso de la relación se les haya afiliado al Instituto de Seguros Sociales.

La circunstancia de que las partes hubieran cotizado al I.S.S. por los riesgos de IVM, de manera alguna releva en un todo al empleador oficial de su obligación frente al régimen jubilatorio previsto en las normas que anteceden a la expedición de la L. 100/1993. Es por ello que el Banco

demandado siendo el último empleador oficial, debe reconocer y pagar a los accionantes la pensión implorada, como lo dispone el D. 1848/1969, Art. 75 y, reunidos los requisitos para la pensión de vejez, estará a cargo de esa entidad sólo el mayor valor si lo hubiera entre ambas pensiones, con lo cual, en un caso como el que ocupa la atención a la Sala, la coexistencia de sistemas queda armonizada.

Por consiguiente, resulta equivocada la argumentación del recurrente en el sentido de que los actores, pese haber tenido la calidad de trabajadores oficiales por más de 20 años, se les debe dar el tratamiento para efectos pensionales de los trabajadores particulares, por motivo de la afiliación de que fueron objeto ante el Instituto de Seguros Sociales, y con mayor razón si se tiene en cuenta que los empleados oficiales se encontraban regulados por disposiciones propias, que no fueron subrogadas por los Acuerdos de dicha entidad.

Con relación a que es el último empleador oficial el llamado a reconocer la pensión de jubilación y que una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones exigidos por los reglamentos del I.S.S., solo quedará a su cargo el mayor valor, si lo hubiere, se puede consultar la sentencia CSJ SL, 29 jul. 1998, rad. 10803, que se reiteró, entre otras, en la del 20 oct. 2009, rad. 36908 y 27 en. 2010, rad. 39993.

Por lo dicho se concluye que el Tribunal al condenar el reconocimiento de las pensiones de jubilación a favor de los

actores, aplicó debidamente las disposiciones que se denuncian en el ataque y por lo tanto el cargo no prospera.

### **IX. TERCER CARGO**

Atacó la sentencia impugnada por la vía directa en el concepto de interpretación errónea del *“artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, en relación con los artículos 1° de la Ley 33 de 1985 y 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969”*.

En la demostración, refirió que en el *“evento remoto”* de que se considere que el Banco accionado está obligado al reconocimiento de la pensión de jubilación deprecada, no es procedente la indexación de la primera mesada pensional, *“con fundamento”* en la sentencia de casación de fecha 15 de julio de 2003, Rad. 19557, de la cual reproduce algunos apartes.

Afirmó que en el proceso se encuentra establecido que los actores, se desvincularon del ente accionado antes de entrar a regir la L. 100/1993, por lo que las pensiones reclamadas por éstos no son de aquellas previstas en la dicha normatividad, sino en la L. 33/1985, que no prevé la actualización de las mesadas y, concluye con la transcripción de un salvamento de voto expuesto en la sentencia proferida por esta Sala, Rad. 21460, de la cual no ofrece fecha de emisión.

### **X. LA RÉPLICA**

El opositor dijo que la indexación de la primera mesada, es simplemente, conforme a la concepción del principio de la actualización de las deudas en una economía marcada por la inflación, por lo que procede su condena.

### **XI. SE CONSIDERA**

La censura, atacó en el cargo que en el evento de considerarse que el banco accionado está obligado al reconocimiento de la pensión de jubilación que reclaman los actores, no es procedente la indexación de la base de la liquidación de la primera mesada.

Así, le enrostra al Tribunal como yerro jurídico, la interpretación errónea de las disposiciones legales que integran la proposición jurídica, pretendiendo hacer variar el criterio mayoritario que ha venido sosteniendo esta Sala sobre la actualización del ingreso base de liquidación para efectos de determinar el monto de la primera mesada pensional. Y concluye que en casos como éste no es procedente la indexación deprecada, pues se trata de pensiones de jubilación de carácter oficial reconocidas en los términos de la L. 33/1985, a cargo directo del empleador.

Sobre el tema propuesto por el recurrente, esta Corporación se ha pronunciado en muchas oportunidades, y últimamente fijó el criterio que actualmente impera, según el cual es procedente indexar la primera mesada o el salario base de liquidación de la prestación, frente a todas las

pensiones afectadas por la devaluación del peso, independientemente de la clase de pensión y fecha de causación, y por tanto ya no se distingue si la pensión fue causada antes o después de la Constitución Política de 1991, de conformidad con lo adoctrinado en sentencia de la CSJ SL, 736-2013, 16 oct. 2013, rad. 47709.

Descendiendo al caso que nos ocupa, al estar encaminado el ataque por la vía directa, quedan incólumes las siguientes conclusiones fácticas del Tribunal: (i) que JAIME ENRIQUE PERDOMO VARGAS, prestó servicios como trabajador oficial al Banco Popular entre el 1° de septiembre de 1971 y el 2 de febrero de 1992, y LUIS JOSÉ ÁVILA CÁRDENAS del 1° de septiembre de 1970 hasta el 21 de julio de 1993, esto es, por más de 20 años y (ii) que cumplieron 55 años de edad, PERDOMO VARGAS el 12 de julio de 2005 y ÁVILA CÁRDENAS el 6 de junio de 2008.

Así las cosas, queda claro que bajo la vigencia tanto de la actual Constitución Política como de la L. 100/1993, éstos completaron el requisito de la edad -55 años- para adquirir la titularidad del derecho pensional, y por lo tanto al tener también cumplido el tiempo de servicios en el sector oficial, y de acuerdo con el criterio actual de la Sala que antes se trajo a colación, es indiscutible que hay lugar a que se indexe la base salarial de la pensión de los accionantes.

Por consiguiente, procede la actualización reclamada del ingreso base que sirve para liquidar la pensión de

jubilación de los demandantes objeto de condena, y en este orden de ideas, no erró el fallador de alzada, sin que haya lugar a cambiar la actual postura.

De conformidad con lo precedente, el cargo no prospera.

## **XII. PRIMER CARGO**

Afirmó que la sentencia impugnada es violatoria de la Ley sustancial por la vía directa, en el concepto de aplicación indebida de *“los artículos 143 y 178 de la Ley 100 de 1993, 42 del Decreto 692 de 1994, 3° del Decreto 510 de 2003 y 2°, 4°, 5° 7° y 8° de la Ley 797 de 2003.”*

Sustentó el cargo, al señalar que el Tribunal ignoró la obligación legal del ente demandado de efectuar los descuentos correspondientes a los aportes al régimen de seguridad social en salud a cargo del actor.

Agregó que, el *ad quem* ha debido tener en cuenta que en la L. 100/1993, Art. 143-2, se estipuló que las cotizaciones por salud para los pensionados, estarán a su cargo en su totalidad, y de conformidad con lo previsto en el D. 692/1994, Art. 42 inciso 3, las entidades pagadoras deberán realizar los descuentos por concepto de cotización para salud y transferirlos a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud, e igualmente, deberán girar el porcentaje correspondiente al Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud y, transcribe apartes de la sentencia

proferida por esta Corporación el 6 de mayo de 2009, rad. 34601.

Finalmente, asevera que los aportes por concepto de salud, son administrados por las EPS, y ellas, así como los empleadores o fondos, no pueden disponer de ellos arbitrariamente, porque una vez causados adquieren la calidad de parafiscales (CConst T-SU 480/ 1997); que el descuento por salud a cargo del pensionado está estrechamente ligado al reconocimiento de la pensión, por lo que al ordenarse judicialmente la misma, el sentenciador debe disponer su deducción por la entidad obligada a ese reconocimiento, por ser la pagadora de la pensión y quien debe trasladarla a la respectiva E.P.S.

### **XIII. LA RÉPLICA**

El replicante se opone a la prosperidad del cargo, manifestando que sobre la prohibición de descuentos por salud al pago de las mesadas atrasadas, es poner al pensionado a pagar la culpa del empleador declarado incumplido. Si no se pagó salud, fue porque el patrono, violando la ley de reconocimiento y pago de una pensión legal, no lo hizo. Por consiguiente corresponde al patrono pagar esos descuentos.

### **XIV. CONSIDERACIONES**

Se duele la censura, que el Tribunal no ordenara que del retroactivo pensional, se dispusiera la deducción que por concepto de aportes para salud, consagra la L.100/1993, Art. 143 y el D. 510/2003, Art. 3, reglamentario de la L. 797/2003.

Acerca de este punto, la Sala ya se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, entre ellas, en sentencia de la CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, en la cual se puntualizó:

*(...) el inciso 2° del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 dispone que la cotización en salud de los pensionados, quienes son afiliados obligatorios a este sistema en el régimen contributivo, tal como lo determina la misma ley en los artículos 157 y 203, se encuentra en su totalidad a cargo de aquéllos. En consonancia con ello, se encuentra no solo el inciso 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley en mención, que establece que las entidades pagadoras de las pensiones deben descontar las cotizaciones en mención y transferirlas a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el pensionado y girar un punto porcentual de aquéllas al Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud- FOSYGA-, sino también los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998, los cuales señalan que los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos deberán ser afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizantes y que los aportes de éstos se calcularán con base en su mesada pensional.*

*Del conjunto de estas disposiciones, se entiende con facilidad que todos los pensionados en el país, sin excepción alguna, al tener capacidad de pago, están llamados a cotizar y, por ende, financiar el régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, siendo de cargo de los mismos la totalidad de la cotización, pues no de otra manera podría sostenerse económicamente el mismo, ni, menos, otorgar las diferentes prestaciones asistenciales y económicas, tales como las indicadas en los artículos 206 y 207 de la pluricitada Ley 100, además que, bien es sabido, de los aportes de los cotizantes al régimen contributivo, como es el caso de los pensionados, se descuenta un punto porcentual para la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, encargada de cofinanciar, junto con los entes territoriales el régimen subsidiado, cuya destinación es la prestación del servicio de salud de la población colombiana sin capacidad de pago alguna, por lo que, en consecuencia, las cotizaciones de los pensionados resultan vitales para el financiamiento del sistema en salud.*

*En virtud de esta finalidad y para proteger los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados obligatorios al sistema en mención, el artículo 161 de la Ley 100 de 1993 consagró, dentro de las obligaciones de los empleadores, la de girar oportunamente los aportes y cotizaciones a la entidad promotora de salud, de acuerdo con la reglamentación vigente, pues de lo contrario, aquéllos serían sujetos de las sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del Libro Primero de la citada ley, es decir, los intereses moratorios por el no pago de las cotizaciones, dentro de las fechas establecidas para tal efecto.*

*De lo dicho hasta el momento, se entiende no solo que todos los pensionados del país están llamados a cotizar al Sistema de Seguridad Social en Salud, quienes deben asumir en su totalidad el valor de la cotización, sino que, además, la misma debe hacerse desde la fecha en que se causa el derecho pensional, pues no otra puede ser*

*la interpretación que se deriva sistemáticamente de las disposiciones citadas de la Ley 100 de 1993, al haberse establecido las cotizaciones de los afiliados obligatorios, tal como es el caso de los pensionados, como parte esencial del financiamiento del sistema, además que, encuentra la Sala, éstas constituyen un requisito de los afiliados a la hora de acceder a las diferentes prestaciones económicas, como las contempladas en los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993, reglamentados en varias oportunidades posteriores, por lo que el hecho de no descontarse las mismas desde la causación de la pensión devendría en detrimento de los posibles derechos derivados de este sistema a favor de los pensionados cotizantes.*

De conformidad con lo expuesto en precedencia, el Tribunal al no disponer los descuentos para salud, cometió el yerro jurídico endilgado, y por consiguiente, el cargo prospera.

#### **XV. RECURSO CASACIÓN PARTE DEMANDANTE**

Conforme al alcance de la impugnación, solicitó se “*CASE PARCIALMENTE la sentencia (...) relacionada en este recurso, en cuanto SE ABSTUVO DE TOMAR COMO SALARIO PARA LIQUIDAR LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS DEMANDANTES, EL SALARIO PROMEDIO DEL ÚLTIMO AÑO DE SERVICIOS PRESTADOS AL BANCO DEMANDADO, EL CUAL DEBE INDEXARSE ENTRE LA FECHA DE RETIRO Y LA FECHA DE CUMPLIMIENTO DE LA EDAD LEGAL DE LOS ACTORES; EN CUANTO NEGÓ LA INCIDENCIA DE LA DOCEAVA PARTE DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD DE 20 AÑOS EN EL SALARIO PROMEDIO PARA LIQUIDAR LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE PERDOMO Y NEGÓ LOS INTERESES MORATORIOS. Constituida en sede de instancia, deberá CONFIRMAR LOS NUMERALES PRIMERO Y SEGUNDO DEL FALLO DEL A QUO, revocar el NUMERAL 3° que declaró prescrita la incidencia de la prima de antigüedad en el salario promedio para liquidar la pensión, en el caso de Perdomo*”. Con tal objeto, formuló un cargo que fue replicado dentro del término de Ley.

## **XVI. ÚNICO CARGO**

Acusó la sentencia impugnada por la VÍA INDIRECTA en la modalidad de aplicación indebida del “*artículo 53 de la C. Nal., 21 del C.S.T., 1° y 3° de la ley 33 de 1985, artículo 1° de la ley 62 de 1985; artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, en relación con éste el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, artículo 127 y ss. del C.S.T., y del artículo 11, 14, 21, 33, 36, y 151 de la ley 100 de 1993.*”

Manifiesta que la violación de las normas acusadas, proviene de los siguientes ostensibles errores de hecho:

- 1. Dar por demostrado sin estarlo que el salario promedio para pensión de los demandantes es de \$417.892 para Perdomo Vargas y de \$504.013 para Avila (sic) Cárdenas.*
- 2. No dar por demostrado estándolo que dicho salario promedio para liquidar pensión, asciende a \$3.548.455,17 para Perdomo Vargas y a \$2.413.546,82 para Ávila Cárdenas.”*

Refiere que los mencionados yerros se originaron por la falta de apreciación de la liquidación de cesantías y prestaciones de los demandantes (fls. 7 – 18 y 238 – 254) y el “*Índice de precios al consumidor*” (fls. 188 a 195).

En la demostración del cargo, indicó que es evidente en el proceso, que si a los salarios promedio del último año de los actores, se les aplica la fórmula establecida por esa H. Corporación en la sentencia 13332 de diciembre 13 del 2007, tendríamos que: Para Perdomo con \$423.663,20 (salario) más \$208.979,02 (doceava parte de la prima de antigüedad de \$2.507.748,30, folio 254), es decir, \$632.642,22, multiplicado por 159.814463 (índice de fecha de cumplimiento de edad) y dividido por 28.492787 (índice

de fecha de retiro), arroja un salario promedio para pensión de \$3.548.455,17 y para Ávila con un salario de \$493.096,04 (folio 7), un 188.68617 como índice a la fecha de cumplimiento de la edad, dividido en 38.549243 (índice fecha de retiro), da un salario promedio para pensión de \$2.413.546,82.

Manifestó que salta a los ojos la diferencia y el monumental perjuicio que se causa a los demandantes al comparar las cifras tomadas por el Tribunal y las reales que deben definir la pensión de jubilación, máxime si se tiene en cuenta que en estos casos la Corte ha fallado incontables procesos, precisamente contra el BANCO POPULAR en la forma pedida en esta demanda.

A continuación, transcribe apartes de la sentencia de casación de fecha 7 septiembre de 2004, rad. 22630, y concluye que se debe aplicar los principios de favorabilidad y de igualdad.

Arguyó que en este proceso se discute es la pensión de jubilación a cargo del BANCO POPULAR prevista en la Ley 33 de 1985 y no la pensión de vejez del ISS, y por ende, las cotizaciones que luego fueron efectuadas por los accionantes como «*independientes*», NO SON SUELDOS O DEVENGADOS SALARIALES de carácter oficial que se deban tener en cuenta para reconocer esa prestación pensional oficial, y menos pueden servir de pretexto para exonerar al banco demandado de la obligación de reconocer la pensión reclamada, más cuando esa misma H. Corte ha

enseñado que el cumplimiento del tiempo de servicio en el sector oficial, dentro de lo previsto en la ley 33 nombrada, ocasiona el nacimiento del derecho pensional, sometido sólo a una condición temporal. La opción contraria, es decir, no afiliarse al seguro social porque se pierde el incremento que debe recibir su pensión, es francamente desastrosa para los trabajadores, en las condiciones de desempleo y pobrísima remuneración al trabajo que marcan nuestra economía.

Remató su argumentación diciendo que la falta de apreciación de los documentos denunciados, permitieron que se violaran las normas mencionadas en el cargo. La ostensible disminución de las mesadas pensionales a que tienen derecho los actores infringen los principios de favorabilidad, igualdad, primacía de la realidad sobre la formalidad y los dejan en difíciles condiciones de vida tanto a ellos como a sus familias. El salario promedio para liquidarla pensión de jubilación previsto en las normas citadas como violadas, se ve gravemente infringido, lo que salta a la vista de la simple comparación de los valores señalados antes.

## **XVII. LA RÉPLICA**

El opositor, reprodujo el aparte de la sentencia del Tribunal en la que consideró que la prima de antigüedad constituye factor salarial en los casos definidos por la Ley, así como la no inclusión de la misma, en el caso del actor Jaime Perdomo Vargas, por no haber sido devengada *«dentro del periodo que se debe tener en cuenta para determinar el*

*valor de la pensión conforme a lo dispuesto en el Inc. 37, artículo 36 de la Ley 100 de 1993». Señaló, que si el presunto yerro fáctico se origina en la falta de apreciación de los documentos denunciados, el mismo resulta inexistente, pues el Tribunal si examinó la liquidación de prestaciones; que se desconoce cuáles puedan ser los errores derivados de las pruebas enlistadas como erróneamente apreciadas, “pues ni siquiera se mencionan en la formulación del cargo, ni en la demostración del mismo” y, que las razones que expuestas por el recurrente “no pasan de ser unas observaciones personales que no logran evidenciar que el sentenciador hubiese incurrido en manifiestos errores de hecho”.*

### **XVIII. SE CONSIDERA**

No son de recibo las objeciones de la réplica para descalificar el cargo, pues claramente se percibe que el ataque en lo fundamental apunta a contradecir la tesis del Tribunal en cuanto a la forma de determinar el IBL de la pensión de jubilación oficial prevista en la Ley 33 de 1985 de los demandantes, quien tomó el promedio de lo cotizado en los diez (10) años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad y lo aportado por éstos al ISS como independientes; pues en decir del censor, por el contrario, se debió tener en cuenta es lo devengado por los actores como trabajadores oficiales al servicio del Banco demandado en el último año de servicios, cuyo salario promedio aparece en la prueba de las liquidaciones de prestaciones sociales acusadas, y que además para su cálculo se tendría que incluir lo recibido por prima de antigüedad y tomar los índices de precios al consumidor correctos para efectuar la respectiva actualización de la base salarial. De acuerdo con lo

dicho, entonces, se estima que el ataque como viene planteado, satisface las exigencias técnicas del recurso extraordinario.

En efecto, el tema objeto de controversia en el cargo que nos ocupa, se contrae al ingreso base de liquidación que tuvo en cuenta el Tribunal para tasar la mesada pensional a que tienen derecho los actores, pues el fallo acusado señaló que el mismo sería *«el promedio de los salarios o rentas devengados en los 10 años anteriores a la fecha en que se causó la pensión, es decir aquella en que cumplieron la edad»*, por lo que tuvo en cuenta para el caso de Luis José Ávila Cárdenas, lo cotizado como independiente en el periodo comprendido entre octubre de 1999 y junio de 2006, y para Jaime Enrique Perdomo Vargas acogió también lo cotizado como independiente entre febrero de 2001 y junio de 2005 (folios 20 y 21 del cuaderno del Tribunal). Mientras que para los recurrentes demandantes, el IBL ha debido computarse para ambos, con el salario promedio del último año de servicios en el sector oficial, con inclusión de la prima de antigüedad como factor componente del mismo, en atención a que éstos, con posterioridad a su retiro o desvinculación de la demandada, continuaron cotizando al ISS pero como independientes, por lo que tales cotizaciones no se pueden tener en cuenta ya que no provienen de *“sueldos o devengados salariales”* como trabajadores oficiales, por tanto, las mismas no deben entrar a formar parte del IBL de la pensión oficial reclamada, como quiera que lo que se discute en el *sub lite* es la jubilación prevista en la Ley 33 de 985 a cargo del Banco Popular y no la de vejez por cuenta del ISS, es por ello que con fundamento en las pruebas denunciadas la censura soporta las cifras que en su sentir conforman y definen el IBL cuya actualización dispuso la sentencia impugnada.

Ahora, como lo puso de presente el Tribunal y quedó sentado al despachar el recurso de casación de la parte demandada, se dieron por establecido los siguientes supuestos fácticos: (i) que los actores son beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 art. 36; (ii) que laboraron más de 20 años de servicios al Banco demandado mientras era Estatal, en calidad de trabajadores oficiales; (iii) que la desvinculación de JAIME ENRIQUE PERDOMO VARGAS se produjo el 2 de febrero de 1992 y el retiro de LUIS JOSÉ ÁVILA CÁRDENAS ocurrió el 21 de julio de 1993, como dan cuenta las liquidaciones definitivas de prestaciones sociales que obran a folios 18 y 238 del cuaderno del Juzgado (iv) que cumplieron 55 años de edad, PERDOMO VARGAS el 12 de julio de 2005 y ÁVILA CÁRDENAS el 6 de junio de 2008, conforme a los registros civiles de nacimientos de folios 5 y 8 *ibidem*; todo lo cual les da el derecho a la pensión de jubilación consagrada en la Ley 33/1985, Art. 1°. Igualmente, no es objeto de cuestionamiento en sede de casación, que los promotores del proceso luego de su desvinculación laboral en sector oficial, efectuaron algunas cotizaciones como independientes al Instituto de Seguros Sociales en los años anteriores al cumplimiento de la edad de 55 años, según dan cuenta las historias laborales o reportes de semanas cotizadas visibles a folios 299 a 319.

Lo primero que hay que decir, es que como lo advierte el recurrente demandante, el Tribunal se equivocó al no colegir de las pruebas que los promotores del proceso no devengaron ni cotizaron ninguna suma de dinero como trabajadores oficiales durante los 10 años que estableció era el lapso a considerar para obtener el IBL de las pensiones de jubilación materia de condena.

En efecto, si bien los demandantes realizaron algunas cotizaciones con destino al Instituto de Seguros Sociales, en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo fue como trabajadores independientes o del sector privado, y por ende no es dable tenerlas en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión reclamada, que es la de jubilación oficial, como quiera que el derecho en discusión no cobija tiempos de servicios ni cotizaciones diferentes a las efectuadas como trabajadores oficiales, pues precisamente, es con el requisito de tiempo de servicio oficial de más de 20 años que fue satisfecho antes de la entrada en vigencia de la Ley de Seguridad Social, que en este asunto se está estructurando el derecho a la pensión reclamada prevista en la Ley 33/1985, máxime que aquella es a cargo del ente oficial y no de la entidad de Seguridad Social, aún cuanto de llegar eventualmente a reconocer pensión de vejez, la jubilación a cargo del empleador podrá compartirse.

La circunstancia que el Tribunal hubiera tenido en cuenta los 20 años de servicios para reconocer la pensión de carácter oficial, más no lo devengado por éstos en calidad de trabajadores oficiales para liquidar el Ingreso Base de Liquidación, conforme lo plantea la censura, es suficiente para concluir que cometió los yerros fácticos endilgados al establecer unas cifras que no corresponden al verdadero IBL y por consiguiente se ha de quebrar la sentencia impugnada en este puntual aspecto.

Adicionalmente, es pertinente indicar que como a los dos demandantes al 1° de abril de 1994, cuando entró en vigencia el Sistema General de Seguridad Social, les hacía falta más de 10 años para adquirir el derecho, pues se repite cumplieron la edad requerida, PERDOMO VARGAS el 12 de julio de 2005 y ÁVILA

CÁRDENAS el 6 de junio de 2008, la norma a aplicar para definir el IBL de la pensión de jubilación, es el Art. 21 de la Ley 100 de 1993, pero no en la forma en que lo determinó el *ad quem*, sino como a continuación se explicará, pues existe una particularidad especial en este asunto, cuál es que los actores después de su desvinculación del sector oficial no volvieron a devengar en condición de trabajadores oficiales, sino que realizaron algunos aportes como independientes, que como se dijo no se pueden considerar.

1.- Ciertamente, para esta clase de asuntos, que comportan una característica especial, consistente en que teniendo derecho a la pensión de jubilación oficial, el trabajador no devengó suma alguna o no cotizó en calidad de trabajador oficial, durante el lapso comprendido entre la fecha de desvinculación y el cumplimiento de la edad, la Sala aceptaba como solución doctrinal, que la base salarial que deberá actualizarse, será el promedio de los salarios y primas de toda especie devengados en el último año de servicios, por considerar que ello se ajustaba más al objetivo perseguido por la norma citada.

Lo anterior, se viene sosteniendo desde la sentencia de instancia proferida por esta Corporación, el 30 de noviembre de 2000, Rad. 13336. Esta postura se había mantenido invariable y ha sido reiterada en sentencias de la CSJ SL, 17 may. 2004, rad. 22617, 23 ag. igual año, rad. 22892; 25 nov. de esa misma anualidad, rad. 23769; 30 ag. 2011, rad. 40074; y en casación de 29 may. 2013 rad. 45814 (SL 381/2013), entre otras.

2.- Sin embargo, haciendo un nuevo examen y en aras de no prever discriminación frente a los demás pensionados que

tienen unas reglas claras para liquidar el IBL de su pensión, y ante la nueva recomposición de la Sala, se considera pertinente entrar a reexaminar el tema, en cuanto a la liquidación del IBL de la pensión oficial cuando el trabajador no cotizó ni devengó ninguna suma en el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho, o sea en vigencia de ley 100/1993, que es lo que acá sucede y donde, como se atrás se dejó sentado, en este caso en particular no resulta dable tener en cuenta las semanas que cotizaron los actores como independientes.

Como es sabido, para el caso de los beneficiarios del régimen de transición, el Ingreso Base de Liquidación corresponde al lapso temporal que se debe tomar para establecer el promedio de los ingresos salariales o base de cotización para liquidar toda pensión, el cual se debe definir de conformidad con la nueva normatividad, caso distinto al “monto” porcentual de la prestación que es uno de los elementos que si se conservan del sistema anterior por virtud de la transición y que tiene que ver con el <porcentaje> del IBL que antes se preveía.

De tal forma que, el IBL para todas las pensiones de jubilación otorgadas bajo el citado régimen de la transición debe en consecuencia determinarse conforme a las reglas establecidas en los Arts. 36 inc. 3° y 21 de la L. 100/1993, que no establecieron ninguna excepción o salvedad en este puntual aspecto, sin que sea dable excluir de estas pautas a aquellas personas que durante ese lapso no devengaron ni cotizaron suma alguna.

Lo anterior queda acorde con lo expresado en la Sentencia C.Const. C-258 del 7 de mayo de 2013, en la que se sostuvo que las reglas del IBL aplicables a todos los beneficiarios del régimen

de transición, son las contenidas en los artículos 21 y 36 inciso 3° de la L. 100 de 1993.

3.- En consecuencia, ahora estima la Sala que no es necesario remitirse al promedio de lo devengado en el último año de servicios a efectos de establecer el IBL, pues como antes se explicó debe sujetarse en un todo a los nuevos lineamientos de la Ley 100/1993.

Así las cosas, para obtener el promedio de lo devengado o cotizado para estos específicos casos y conformar el IBL, deberá calcularse con el promedio de devengado o cotizado durante los últimos diez (10) años previos al reconocimiento de la prestación, ello con referencia a la remuneración efectivamente devengada por el beneficiario durante el lapso temporal que corresponde según el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho, aun cuando se involucren períodos habidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, debiéndose partir del último devengo o cotización y transpolar o retroceder en el tiempo hasta cubrir el período respectivo.

Por lo expuesto, el sentenciador de segunda instancia si bien acertó en considerar que el ingreso base de liquidación de la pensión de los demandantes, debió liquidarse teniendo en cuenta lo cotizado durante los últimos diez (10) años de servicios previos al cumplimiento de la edad exigida, se equivocó al concluir que correspondía una suma inferior al salario mínimo legal, al tener en cuenta para tal efecto, únicamente las cotizaciones efectuadas por los accionantes como independientes en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cual itérese, no era procedente, siendo lo correcto efectuar el ejercicio descrito en precedencia, esto es, transpolar desde la

última cotización o ingreso como trabajador oficial -así se hayan dado con anterioridad al 1° de abril de 1994- hasta cubrir el lapso requerido de los 10 años de devengos en el sector oficial.

Por lo tanto, el cargo prospera y habrá de casarse parcialmente la sentencia recurrida, en el preciso aspecto analizado.

De otro lado, el impugnante dejó huérfano de ataque, en el cargo, el aspecto relacionado con la absolución por concepto de intereses moratorios, pues en ningún aparte de su discurso se refiere a ellos. En consecuencia, la determinación que en tal sentido tomó el Tribunal, permanece incólume.

Puestas así las cosas, para mejor proveer, y en sede de instancia poder proferir la sentencia de reemplazo que corresponda, en la que se definirá si la prima de antigüedad es o no factor de salario para liquidar la pensión de jubilación oficial a favor de los demandantes, se ordenará oficiar a la entidad accionada para que certifique al proceso, el valor de lo devengado por éstos durante los últimos diez (10) años de servicios como trabajadores oficiales, teniendo en cuenta todos los factores salariales. Para tal fin se concede un término máximo de quince (15) días.

Sin costas en el recurso extraordinario como quiera que las demandas de casación de ambas partes salieron triunfantes parcialmente. Las de las instancias, serán a cargo del banco demandado.

## **XIX. DECISIÓN**

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 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de abril de 2010, en el proceso ordinario laboral adelantado por **JAIME ENRIQUE PERDOMO VARGAS** y **LUIS JOSÉ ÁVILA CÁRDENAS** contra el **BANCO POPULAR S.A.**, en cuanto no autorizó descontar del retroactivo pensional, el valor de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en salud y, respecto a la inclusión en la liquidación del IBL de los actores, de cotizaciones efectuadas en calidad de trabajadores independientes, con posterioridad a la Ley 100 de 1993. **NO LA CASA** en lo demás.

Para efectos de proferir la sentencia de instancia a que haya lugar, por la Secretaría de la Sala se ordena oficiar a la sociedad accionada para que certifique el valor de lo devengado por los actores durante los últimos diez (10) años de servicios como trabajadores oficiales, teniendo en cuenta todos los factores salariales. Para tal fin se concede un término máximo de quince (15) días.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

**JORGE LUIS QUIROZ ÁLEMAN**

Presidente de Sala

**GERARDO BOTERO ZULUAGA**

**JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ**

**FERNANDO CASTILLO CADENA**

**CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**

**RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO**

**LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS**