



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado Ponente

SL9610-2017

Radicación nº. 47669

Acta No.9

Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Sala los recursos de casación interpuestos por ambas partes, contra la sentencia dictada el 30 de julio de 2009, por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso que instauró **DARÍO GILBERTO RIVERA** contra el **BANCO POPULAR S.A.**

I. ANTECEDENTES

El accionante demandó en proceso ordinario laboral al Banco Popular S.A., con el fin de que fuera condenado a reconocer y pagar la pensión plena de jubilación a partir del 25 de junio de 2006, con sus respectivos reajustes legales, teniendo como salario base para liquidarla la suma de \$509.546,33 *«que deberá incrementarse con la doceava parte de la prima de antigüedad de 20 años recibida por el actor por la suma de*

\$2.087.690,22 (sic) *y no tenida en cuenta en el valor señalado*»; indexar el salario promedio que sirve de base para liquidar el valor de la pensión, desde la terminación del contrato laboral hasta la fecha de reconocimiento y pago de la prestación pensional; la indexación de las mesadas atrasadas hasta la fecha de pago; los intereses moratorios; lo que se demuestre *ultra y extrapetita*; y las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que trabajó para el demandado, en calidad de trabajador oficial, desde el 12 de enero de 1972 hasta el 2 de enero de 1993, es decir, durante más de 20 años; que el último salario promedio, según la liquidación final de prestaciones es de \$509.546,33, el cual debe incrementarse «*con la doceava parte de la prima de antigüedad de 20 años*» por la suma «*de \$2.087.690,22 (sic)*»; que durante la prestación del servicio la entidad tenía la calidad de empresa industrial y comercial del estado y posteriormente fue privatizada; que el actor cumplió 55 años de edad el 25 de junio de 2006; que agotó la reclamación administrativa.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los extremos temporales de la relación laboral, el cambio de naturaleza jurídica de la entidad, que el accionante cumplió 20 años de servicio antes de que la entidad fuera privatizada; de los demás dijo no ser ciertos, no ser hechos o no constarle. En su defensa propuso la excepción previa de cosa juzgada y las de fondo que denominó, «*inexistencia de la obligación. Inaplicabilidad del régimen de transición de la Ley 33 de 1985*», petición antes de tiempo, prescripción, falta de causa para pedir, «*cobro de lo no debido y por tanto falta de viabilidad jurídica para acceder a las pretensiones*», buena fe compensación, «*cosa juzgada*» y las genéricas que se llegaren a demostrar en el proceso.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de junio de 2007, condenó al Banco Popular «*a reconocer la pensión de jubilación al señor DARIO (sic) GILBERTO RIVERA MATEUS, a partir del 2 de julio de 2006 en cuantía [de] \$1.851.327 con los incrementos legales a que hubiere lugar, y hasta que el Instituto de Seguros Sociales asuma la de vejez momento en el que la demandada cancelará la diferencia, si la hubiere*»; absolvió de los intereses moratorios; declaró no probadas las excepciones formuladas, y condenó en costas a la parte demandada.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Apelaron ambas partes y la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 30 de julio de 2009, confirmó íntegramente la sentencia de primer grado. No condenó en costas de segunda instancia.

Para esta decisión, y en lo que al recurso extraordinario concierne, tuvo por ciertos los siguientes supuestos fácticos, i) que el accionante prestó sus servicios al banco demandado desde el 12 de enero de 1972 hasta el 2 de enero de 1993; ii) que el Banco Popular inicialmente era una Sociedad de Economía Mixta del orden Nacional adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; iii) que el accionante tenía la calidad de trabajador oficial; y iv) que a partir del 21 de noviembre de 1996 la entidad demandada ostenta la naturaleza de sociedad anónima.

A continuación, señaló que la controversia giraba en torno establecer si el actor tenía derecho a la pensión de jubilación y la norma que la reglamenta; si procedía la prima de antigüedad como factor salarial para liquidar la prestación; si el IBL es el previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y si hay lugar a los intereses moratorios del artículo 141 de la citada ley.

Con el fin de determinar cuál era el régimen aplicable al accionante, copió el texto del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, para señalar que, «*es sabido*» que cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, su artículo 36 estableció el denominado régimen de transición, el cual es aplicable al caso en estudio, toda vez que al 1° de abril de 1994, el actor tenía más de 15 años de servicio en la entidad demandada; que cumplió con el requisito de tiempo de servicio (20 años), el 12 de enero de 1992, y el de edad el 25 de junio de 2006, pues nació el mismo día y mes de 1951.

Afirmó que el actor tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, bajo los parámetros establecidos en la Ley 33 de 1985, ya que «*los primeros 20 años de servicio en la entidad demandada los laboró bajo la calidad de trabajador oficial*». Agregó, que esta Sala de casación ha señalado que el hecho de que una entidad cambie de naturaleza jurídica, es decir, que siendo pública se convierta en privada, no modifica «*la categoría inicial de trabajador oficial*», afirmación que apoyó citando en extenso la sentencia CSJ SL, 22 abr. 2008, rad.32669, para colegir que fue acertada la decisión del *a quo* al reconocer la pensión de jubilación con fundamento en el artículo 1° de la ley en cita, y que también fue ajustada la determinación de tomar como ingreso base de liquidación el establecido en la misma Ley 33 de 1985, «*por la interpretación que sobre el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha emitido la Corte Suprema de Justicia*», en este punto, trajo a colación una sentencia de esta Sala de la que no indicó radicado ni fecha.

En cuanto a la apelación del demandante dijo que se centraba en dos aspectos, incluir en la base salarial la prima de antigüedad que recibió en el último año de servicios; y obtener la condena al pago de los intereses moratorios. Frente al primer punto, aseveró que a folios 54 y 55 del expediente se encontraban dos «*cartas*», en una el Banco le comunicaba al actor, «*la entrega de una prima de antigüedad por parte de un funcionario de la entidad bancaria*» y, en la otra, el accionante

dejó constancia *«de haber recibido la citada prima por la suma de \$2.082.053,22»*.

Explicó que siendo de naturaleza extralegal la citada recompensa, el actor estaba en la obligación de allegar al proceso, la convención colectiva de trabajo *«que consagra la prima de antigüedad y poder determinar, además del derecho convencional, si la misma es factor salarial, por lo que echada (sic) de menos el acuerdo convencional, a juicio de la Sala debe despacharse en forma desfavorable esta pretensión, pues, el actor ni siquiera la solicitó en el acápite de sus pruebas en su demanda»*.

Respecto de los intereses moratorios, dijo el juzgador de segunda instancia, que la pensión reconocida no tenía como fundamento legal la Ley 100 de 1993, sino la Ley 33 de 1985 y, por lo tanto, no se aplica el cobro de los intereses moratorios, *«por no ser esta pensión de jubilación de las que se (sic) reconoce la ley 100 de 1993»*, criterio que sustentó copiado un aparte de la sentencia CSJ SL, 8 ago.2006, rad.27594.

IV. RECURSO DE CASACIÓN (PARTE DEMANDADA)

Interpuesto por el apoderado de la parte demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver, por cuestión de método, se resuelve, primero el formulado por el demandado ya que pretende enervar el derecho.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Solicitó casar el numeral primero de la sentencia impugnada, *«con el fin de que, una vez constituida en sede de instancia, revoque los numerales primero, tercero y cuarto del fallo del a quo y, en su lugar, absuelva al Banco Popular de todas las pretensiones de la demanda»*.

En subsidio, *«y en el evento puramente teórico»* de llegar a considerar la Corte que es procedente el reconocimiento de la pensión

de jubilación que reclama el accionante, aspira a que se case el numeral primero de la sentencia impugnada *«y, en su lugar, disponga que la pensión de jubilación deberá ser liquidada con el 75% del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio y faculte al Banco Popular S.A. para descontar de las mesadas reconocidas, la suma correspondiente a los aportes obligatorios por salud a cargo del pensionado»*.

Con tal propósito formuló tres cargos que fueron replicados oportunamente, los cuales se pasan a estudiar.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia del Tribunal por la causal primera de casación de ser violatoria de las normas sustanciales por interpretación errónea de los artículos 3° y 76 de la Ley 90 de 1946, artículos 1° literal c), 11 y 12 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el artículo 1° del Decreto 3041 de 1996, los artículos 5° y 27 del Decreto Ley 3135 de 1968; 68, 73 y 75 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969; 2° del Decreto Ley 433 de 1971; 6°, 7° y 134 del Decreto 1650 de 1977; 1° y 13 de la Ley 33 de 1985 y 57 del Acuerdo 044 de 1989, 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 y el artículo 1° del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el artículo 1° del Decreto 758 de 1990.

De cara a las premisas con las que el colegiado basó el fallo y en lo que estrictamente interesa al recurso, adujo que se debió considerar que la naturaleza jurídica que ostenta el empleador es la condición que determina el régimen legal aplicable a sus servidores, por ende, al ser el banco una entidad privada al momento que el accionante cumplió los requisitos de pensión, el régimen que lo cobija es el privado y no el de empleados oficiales, y que en cada caso las normativas exigen supuestos fácticos diferentes.

Afirmó a lo largo del proceso no estar obligado a reconocer la

pensión de jubilación al accionante, porque no reunía los requisitos exigidos en las disposiciones legales vigentes al momento de la privatización de la entidad, -21 de noviembre de 1996-, ya que solo cumplió la edad de 55 años el 25 de junio de 2006, y que al no corresponderle suma alguna por concepto de pensión de jubilación tampoco hay lugar a indexación.

Que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, remite al régimen anterior al cual se encuentra afiliado el trabajador, *«por ello debe entenderse que el régimen anterior sea el propio de los trabajadores particulares, por haber sido estos asegurados por el Instituto de Seguros Sociales y por tanto, esta última entidad sí tiene la capacidad de asumir totalmente al Banco en el cubrimiento de la pensión que ahora se demanda»*; que conforme a lo dispuesto por el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, el seguro de vejez reemplazó a la pensión de jubilación; y que el artículo 2 del decreto 433 de 1971, 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 en el artículo 3 de la Ley 90 de 1946; que a una persona que cumplió sus servicios en el Banco Popular cuando éste ostentaba naturaleza oficial y cumple el requisito de edad estando afiliado al ISS para los riesgos de IVM, como ocurre en este asunto, no corresponde aplicarle la Ley 33 de 1985, sino lo estipulado en la Ley 90 de 1946, el Acuerdo 224 de 1966, el Decreto Ley 433 de 1971, el Decreto 1650 de 1077 y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Aseveró que el Acuerdo 224 de 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 Acuerdo 049 de 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, afirma, es precisamente la situación del actor; que en virtud de dicho reglamento y con independencia de la calidad de trabajador oficial que ostentó mientras estuvo afiliado al Banco Popular, resultó asimilado a particular, y por ello a la luz del artículo 11 del Acuerdo 224 de 1996, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, el derecho a la pensión lo obtiene cuando cumpla 60 años de edad y haya acreditado un mínimo de 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

Finalmente, enfatizó 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 artículo 2 del Decreto 433 de 1971, 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

Señaló que esta Sala ha condenado permanentemente al Banco Popular a reconocer la pensión de jubilación a extrabajadores *«que cumplieron los requisitos de edad y tiempo de servicios requeridos por la Ley 33 de 1985 respaldando la decisiones adoptadas en idéntica forma por los Tribunales y Juzgados de todo el país»*; que en este asunto se encuentra demostrado que el actor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con ordenado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, cumplió con la edad y tiempo de servicio requerido por esas normativas para acceder al derecho reclamado.

VIII. CONSIDERACIONES

El censor pretende que se declare, que la entidad demandada, por razón de su privatización, no está obligada a asumir el pago de la pensión de jubilación que pide el demandante, 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; que además, por haber estado afiliado el actor 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 le debe aplicar las normas propias de los trabajadores particulares, esto es, lo reglado por la Ley 90 de 1946, el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de 1966, los Decretos 433 de 1971 y 1650 de 1977 y el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, que es la legislación que les da derecho a percibir la pensión de vejez, una vez reúnan los requisitos allí señalados.

Como lo tiene adoctrinado esta Sala, la calidad de trabajador oficial no desaparece por motivo del cambio de naturaleza jurídica de la entidad, pues tal 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 exigía la legislación vigente antes de producirse la privatización de la entidad empleadora (sentencia CSJ SL, 24 jun. 2013, rad. 41055).

Es de puntualizar que la situación pensional del demandante, está gobernada por la Ley 33 de 1985, toda vez que prestó sus servicios

en condición de trabajador oficial por más de 20 años, aunque en el transcurso de la relación hubiera estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales.

En efecto, 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 Ley 100 de 1993. En esa medida, el Banco demandado que fungió como su último empleador oficial, debe reconocer y pagar al accionante la pensión deprecada, como lo dispone el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, y una vez reunidos los requisitos para la pensión de vejez, estará a su cargo sólo el mayor valor si lo hubiere entre ambas pensiones.

En este orden, resulta equivocada la argumentación del recurrente en el sentido de que al demandante, pese haber tenido la calidad de trabajador oficial por más de 20 años, para efectos pensionales, se le debe dar el tratamiento de trabajador particular, dada la afiliación de que fue objeto ante el Instituto de Seguros Sociales, más aún 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 respecto 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, reiterada, entre otras, en la del 20 oct. 2009, rad. 36908 y 27 en. 2010, rad. 39993.

De lo que viene de decirse, es dable concluir que el juez de alzada al condenar el reconocimiento de la pensión de jubilación a favor del accionante, aplicó debidamente las disposiciones que se

denuncian en el ataque y por lo tanto el cargo no prospera.

IX SEGUNDO CARGO

Acusó la sentencia confutada de violar por la vía directa, en el concepto de interpretación errónea, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, 1° de la Ley 62 de 1985, 27 del Decreto 3135 de 1968 y 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969.

En la demostración adujo, que en el evento «remoto» de considerarse que el demandado está obligado al reconocimiento de la pensión de jubilación reclamada por el accionante, «encontrará» que no es procedente la indexación de la primera mesada pensional, como lo dispuso el Tribunal, apoyándose en la sentencia de esta Corporación SCS SL, 30 nov. 2000, rad 13336.

Señaló, que en el proceso se encuentra establecido que el demandante se desvinculó del Banco Popular el 2 de enero de 1993, esto es, con anterioridad al 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró a regir la Ley 100 de 1993, lo que quiere decir que la pensión reclamada no es de aquellas previstas en la citada ley.

En relación con la improcedencia de la actualización del salario base de liquidación de las pensiones no contempladas en el sistema general de pensiones, trajo a colación el salvamento de voto de radicado 21460, del que no indicó fecha, para reiterar que el juez de apelaciones no podía condenar a la «*indexación del salario promedio devengado por el actor en el último año de servicios*».

X. LA RÉPLICA

El opositor refirió que desde la sentencia 13336 de julio de 2000, esta Corporación aceptó la actualización del salario promedio para

liquidar pensiones; que así mismo en el proceso 31222, del que no informó fecha, expresamente se reconoce que la fórmula que se debe aplicar para efectos de indexar el salario para pensión, es la estructurada en ese fallo, que es igual a la utilizada por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura.

XI CONSIDERACIONES

El tema relativo a la llamada indexación de la primera mesada pensional, también ha sido estudiado pacífica y reiteradamente por la Corte, fue así como tal criterio inicial se aplicó a las pensiones causadas con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, y en un análisis posterior, se extendió a todas las pensiones afectadas por la devaluación del peso, independientemente de la clase y fecha de causación, criterio que es el que impera en la actualidad. Sobre el tema pueden consultarse la sentencia CSJ SL, 736-2013.

En este asunto, al estar encaminado el ataque por la vía directa, quedan incólumes las siguientes conclusiones fácticas del Tribunal: i) que Darío Gilberto Rivera Mateus prestó servicios como trabajador oficial al Banco Popular, entre el 12 de enero de 1972 y el 2 de enero de 1993, es decir, por más de 20 años; y ii) que cumplió 55 años de edad el 25 de junio de 2006.

Así las cosas, resulta claro que fue bajo la vigencia tanto de la actual Constitución Política como de la Ley 100 de 1993, que el accionante completó 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, sin duda, hay lugar a que se indexe la base salarial de la pensión del accionante.

En consecuencia, procede la actualización reclamada del ingreso base que sirve para liquidar la pensión de jubilación del demandante

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

De conformidad con lo precedente, el cargo no prospera.

XII. TERCER CARGO

Acusa la sentencia impugnada de violar por vía directa, en el concepto de infracción directa 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.

Afirmó, que el Tribunal ignoró la obligación legal de ordenar, que del retroactivo pensional que dispuso cancelar se deduzcan las sumas que corresponden a salud, para proceder con su pago a la entidad respectiva, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y el Decreto 510 de 2003.

Que no tuvo en cuenta que en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 se estipuló, que las cotizaciones por salud para los pensionados estarán a su cargo en su totalidad, y que las entidades pagadoras son las encargadas de hacer los respectivos descuentos y transferirlos a la EPS, así lo prevé el inciso 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994. Tales afirmaciones las enriqueció citando pasajes de la sentencia CSJ SL, 6 may.2009, para indicar que al ordenarse el reconocimiento de la pensión en forma retroactiva, igualmente se debió disponer el pago de las cotizaciones por salud, facultando a la entidad pagadora de la pensión a efectuar las deducciones correspondientes.

Que al no haber igualdad en los aportes por riesgos pensionales y de salud, puede ocurrir que se le reconozca la pensión al actor con un monto inferior al realmente cotizado; y al no haber facultado al Banco para de los retroactivos pensionales que ordena cancelar, efectuara las deducciones correspondientes a los aportes obligatorios por salud a cargo del pensionado, infringe las normas sustanciales

relacionadas en la formulación del cargo.

XIII. LA RÉPLICA.

Argumentó que el impugnante parte de una falsa premisa, al considerar que el *«actor se encuentra desde su desvinculación, disfrutando de una pensión de jubilación normal. Olvida que ello no fue así (...)»*, pues la demandada incumplió el pago de la prestación desde su causación; que los riesgos que se le cobran fueron posibles en el pasado y *«nadie puede ser obligado a pagarlos en el presente»*. Insistió que el accionante para la fecha que debieron hacerse los descuentos, no disfrutaba de la pensión, por culpa del patrono declarado incumplido; que si alguien debe responder por éstos es el infractor de la ley, en este caso el Banco Popular *«por cuanto es el condenado y por consiguiente el responsable de su conducta contraria a la ley»*.

XIV. CONSIDERACIONES

Este asunto ya ha sido definido favorablemente por la Corte en múltiples ocasiones, entre ellas en la sentencias CSJ SL, 13 mar. 2012, rad 49487, reiterada, entre otras, en la de SL8262-2016, rad.49348, oportunidades en las que se ha expresado, que la cotización para salud establecida en el sistema general para los pensionados, en su totalidad, corre a cargo de éstos, que se hace efectiva a través del aporte fijado para tal fin; que no se requiere solicitud precisa, ya que quien paga la mesada está facultado legalmente para efectuar la correspondiente deducción, la cual debe consignar dentro de los plazos señalados a la correspondiente entidad promotora de salud, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

Frente al tema, en sentencia CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, así se pronunció esta Sala:

(...) en efecto, el inciso 2º 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

En este orden, surge claro el equívoco en que incurrió el juez de segundo grado, al no disponer que al momento del pago de las mesadas adeudadas, se dedujera el valor pertinente para las cotizaciones a salud, las cuales, se itera, están a cargo exclusivo del pensionado en virtud de lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993. Por consiguiente, el cargo prospera y se casará la sentencia en este puntual aspecto.

XV. RECURSO DE CASACIÓN (PARTE DEMANDANTE)

Interpuestos por la parte demandante, negado por el Tribunal, al desatar el recurso de queja la Corte declaró mal denegado el recurso y lo admitido, se procede a resolver.

XVI. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Solicitó casar parcialmente la sentencia del Tribunal, 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» y, en sede de instancia, «revocar el fallo de primer grado ordenando la mencionada integración».

Con tal propósito formuló un cargo que fue replicado oportunamente, el cual se pasa a estudiar.

XVII. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 1° y 3° de la Ley 33 de 1985, artículo 1° de la Ley 62 de 1985, artículo 27 de Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, artículo 127 y sub siguientes del C.S.T. y de los artículos 22, 14, 21 36 y 151 de la Ley 100 de 1993.

Señalo como errores de hecho en que incurrió el Tribunal los siguientes:

1. *Dar por verdadero, sin estarlo, que la prueba de la incidencia de la prima de antigüedad convencional en el promedio del salario del último año requiere, como **único** medio probatorio de su existencia, el aporte de la convención colectiva de trabajo donde se creó* (negrillas y subrayas del texto).
2. *No dar por demostrado, estándolo que el salario promedio del último año \$509.546.33 debe incrementarse con la doceava parte de la prima de antigüedad de 20 años \$2.087.690.22 (sic), es decir, \$173.974.18, para un salario promedio base de liquidación para pensión de \$683.520.51.*

Denunció como pruebas no apreciadas, la contestación de la demanda (fl.34); el interrogatorio de parte (fls. 17 a 19); la certificación proveniente de la demandada (fl.16); la certificación sobre la prima de antigüedad de 20 años devengada (fls, 53, 54 y 93).

En la demostración afirmó, que está plenamente probado que recibió prima de antigüedad por 20 años de servicio, «en cuantía de \$2.087.690.22 (sic)»; y que ésta hace parte integrante del salario promedio del último año, para liquidar pensión, así se demuestra

claramente con la confesión visible a folios 17, 18 y 19, (no se indica quién absolvió) en la que se afirma «(...) *el Banco Popular solamente incluye la prima de antigüedad como factor para liquidar las pensiones cuando esta (sic) es devengada en el último año de servicios*»; que en la respuesta a la pregunta número cinco se dijo: «(...) *vuelvo y repito, porque ya lo había dicho que la prima de antigüedad devengada en el último año de servicios se incluye para la liquidación de la pensión por expreso mandato legal de que esta debe corresponder al 75% de lo devengado por el trabajador oficial en el último año de servicios*»; que así mismo, a folio 16, en la certificación del banco se indica «(...) *se evidencia que siempre se ha incluido entre los factores de liquidación de la pensión de jubilación la doceava parte de la prima de antigüedad, fijada en la convención colectiva, siempre y cuando la haya percibido durante el último año de servicios a la fecha de retiro*».

Adujo que el juez de alzada al considerar que debió aportarse la Convención Colectiva de Trabajo que consagra la prima de antigüedad «*y poder determinar, además del derecho convencional, si la misma es factor salarial*», incurrió en un evidente error porque en este asunto no se discute «*la existencia de la prima de antigüedad de 20 años, ni si su origen es convencional o no, no hay controversia entre las partes del proceso sobre la existencia del derecho (ya que ambas parten del hecho incontrovertible de la existencia de la mencionada prima de antigüedad) a favor del actor*», pues aparece causada y pagada, como lo muestran los documentos provenientes de la propia demandada. Agregó, que la Ley procesal no prevé que el único medio probatorio de una prestación convencional, sea el acuerdo convencional, ni ha excluido otros medios para demostrar su existencia; y que aceptar la decisión de segundo grado sería una clara violación del principio de prevalencia de la realidad sobre la formalidad, que en este caso afectaría el derecho de igualdad del actor.

Luego de referir a cuánto equivaldría la doceava de la citada prima, realizó las correspondientes operaciones aritméticas, para concluir que su primera mesada pensional correspondería a la suma

de \$2.483.426.48; y que al haberse dejado de apreciar la prueba documental señalada, se violaron las normas singularizadas en el cargo, en virtud de que todas ellas hacen relación al concepto de salario, sus factores integrantes incluyendo expresamente «*las primas de toda especie percibidas en el último año*», artículo 73 del Decreto 1848 de 1969.

XVIII. LA RÉPLICA

Afirmó que los errores fácticos achacados al Tribunal son inexistentes, y que la argumentación relativa a que siendo de naturaleza extralegal la prima de antigüedad, el actor estaba en la obligación de allegar al proceso la convención colectiva de trabajo «*que consagra la prima de antigüedad y poder determinar, además del derecho convencional, si la misma es factor salarial, por lo que echada (sic) de menos el acuerdo convencional, a juicio de la Sala debe despacharse en forma desfavorable esta pretensión, pues, el actor ni siquiera la solicitó en el acápite de sus pruebas en su demanda*», es puramente jurídica, pues la conclusión a la que arriba el fallador de segunda instancia no se está originando en a falta de apreciación sino en su errónea apreciación; que además, de aceptarse que el cargo está correctamente planteado no tiene la virtud de quebrantar la sentencia, pues «*ha sido enseñanza reiterada de esa H. Sala de Casación Laboral que para establecer la aplicación de una norma convencional es necesario no solo acompañar el acuerdo colectivo sino demostrar su depósito oportuno*».

XIX. CONSIDERACIONES

No son de recibo los reproches técnicos que hace la réplica, en cuanto a que la consideración del Tribunal sobre la aportación de la Convención Colectiva de Trabajo, para determinar si la prima de antigüedad hace parte de los factores salariales, es puramente jurídica, pues se refiere a un medio probatorio y a lo que este puede demostrar, lo que es válido discutir por la vía de ataque escogida.

Ahora bien, el tema objeto de controversia en este ataque, se contrae a establecer si el Tribunal se equivocó al no incluir la doceava parte de la prima de antigüedad que recibió el actor en el último año de servicios, por la suma de \$2.082.053.22; como factor integrante del ingreso base de liquidación para su pensión de jubilación.

Asevera el actor, que el juez de apelaciones no encontró probado, estándolo, que el salario promedio del último año debe incrementarse con la doceava parte de la prima de antigüedad, y que en tal alteración se incurrió por falta de apreciación de la contestación de la demanda (fl.34); el interrogatorio de parte (fls. 17 a 19); la certificación sobre la prima de antigüedad de 20 años devengada (fls. 53, 54 y 93) y; la certificación proveniente de la demandada (fl.16).

Pues bien, en la contestación de la demanda frente a la prima de antigüedad se afirma «(...) *El apoderado del demandante en una apreciación por demás equivocada, habla de una doceava parte*

*de la prima de antigüedad, **sin ser la misma factor salarial** (...).*En el hipotético y poco probable caso de que el juzgado accediera a la pretensión del demandante, no podría nunca hablarse de una doceava parte de la prima de antigüedad como factor salarial, sino de una sesentava parte, pues el pago de esta se hace cada 5 años de servicios prestados, y siempre y cuando la hubiere recibido dentro del último año», afirmación que se reiteró renglones más adelante (fl.34). De acuerdo a lo transcrito, esto quiere decir, que al dar respuesta a la demanda el Banco no aceptó que la citada prima convencional fuera factor salarial, y menos en la proporción que la reclama el censor.

Ahora, el recurrente argumenta que está plenamente probado que la prima de antigüedad hace parte integrante del salario promedio del último año, para liquidar pensión; que así lo demuestra la confesión visible a folios 17, 18 y 19, en la que se asegura «(...) *el Banco Popular solamente incluye la prima de antigüedad como factor para liquidar las*

pensiones cuando esta (sic) es devengada en el último año de servicios»; y que en la respuesta a la «pregunta número cinco» se dijo: «(...) vuelvo y repito, porque ya lo había dicho que la prima de antigüedad devengada en el último año de servicios se incluye para la liquidación de la pensión por expreso mandato legal de que esta (sic) corresponde al 75% de lo devengado por el trabajador oficial en el último año de servicios».

La confesión a que hace referencia el censor, está contenida en una fotocopia de una copia autenticada, casi ilegible, del interrogatorio de parte que absolvió la representante legal del Banco demandado en otro proceso, ante el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad, por lo que de modo alguno para este asunto puede tomarse

como una confesión, pues no fue vertida en el desarrollo procesal ni respecto de esta concreta situación fáctica. Es así como las manifestaciones que allí se insertaron no cumplen con los requisitos de que trata el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil que hoy corresponde al 191 del Código General del Proceso.

Aunado a lo anterior, el actor en las citas que hace sobre las respuestas que en aquella oportunidad dio la representante legal del demandado, omitió referirse en su totalidad, pues cuando responde *«(...) el Banco Popular solamente incluye la prima de antigüedad como factor para liquidar las pensiones cuando esta es devengada en el último año de servicios»*, seguidamente dijo *«y no en todos los casos como se planteó en la pregunta»*. De ahí que surge evidente, entonces, que el citado medio probatorio no es idóneo para generar certeza sobre la inclusión del porcentaje de la prestación extralegal, como factor salarial en la liquidación de la pensión de jubilación.

Los escritos que aparecen a folios 53, 54, en los que, en el primero el Banco le comunica al actor, *«la entrega de una prima de antigüedad por parte de un funcionario de la entidad bancaria»* y, en el segundo, el accionante dejó constancia *«de haber recibido la citada prima por la suma de \$2.082.053,22»*, si fueron tenidos en cuenta por

el juez de alzada, pero estimó que por tratarse de una recompensa de naturaleza extralegal, el actor estaba en la obligación de allegar al proceso la convención colectiva de trabajo, *«que consagra la prima de antigüedad y poder determinar, además del derecho convencional, si la misma es factor salarial»*.

Respecto de la certificación proveniente de la demandada, visible a folio 16, que el censor afirma no fue apreciado, se trata de una fotocopia del documento que el Asesor de Pensiones del Banco envió al Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad, dando respuesta a un requerimiento de ese despacho, en el que informa que de acuerdo a los registros de la entidad y efectuada una revisión aleatoria a las pensiones de jubilación reconocidas antes del 14 de marzo de 1993, se evidenció *«que siempre se ha incluido dentro de los factores de liquidación de la pensión de jubilación la doceava parte de la prima de antigüedad, fijada en la convención colectiva, siempre y cuando la haya percibido durante el último año de servicios a la fecha de retiro»*, es decir, que esta prueba que ciertamente no fue valorada por el juez de apelaciones, da fe que la prima de antigüedad, sí es factor de liquidación de la pensión de jubilación, siempre que se haya pagado dentro del año anterior a la fecha de retiro.

De lo anterior resulta claro, que el operador de segundo grado se equivocó al no tener como factor de liquidación de la pensión de jubilación del accionante la proporción correspondiente a la prima de antigüedad, ya que igualmente se encuentra demostrado, así lo reconoció el citado sentenciador, que el actor recibió el aludido beneficio en el último año de servicios, pues su desvinculación ocurrió el 2 de enero de 1993, al paso que ésta fue cancelada el 3 de marzo de 1992. En otras palabras, la certificación que obra a folio 16 del cuaderno principal, que el juez de alzada dejó de apreciar, tienen la capacidad de quebrantar la sentencia, en la medida que la citada prueba documental, como ya se indicó, proviene de la entidad demandada, a la luz del parágrafo del artículo 54 del CST y SS cumple los requisitos para ser prueba calificada y no fue tachado de falso;

además que para estos efectos no es válido afirmar que la convención colectiva de trabajo es el único medio de convicción que se puede hacer valer, pues ello desconocería el artículo 61 del CPT y SS, respecto a la libre formación del convencimiento del juez.

Ahora, frente a la proporción de la prima de antigüedad que se debe tener en cuenta en la liquidación de la pensión de jubilación, esta Sala ya tuvo la oportunidad de estudiar el tema en un caso donde fue demandado el mismo banco, así se pronunció.

En cuanto a la proporción de la prima de antigüedad que influye en el salario mensual del último año de servicio, no puede pasarse por alto que si en verdad el reconocimiento que se hizo al demandante, en tal anualidad, fue en consideración a que cumplió 20 años de servicios, ello no significa que sea la única prima de antigüedad percibida; la misma convención colectiva consagra éste derecho por cada lustro (art.17); o sea que para el reconocimiento de la última devengada por el demandante se tuvo en cuenta que trabajó otros cinco años a partir del momento en que cumplió los 15 de servicios. Siendo así no puede dársele la razón ni al Tribunal que tuvo en cuenta una doceava dentro del promedio del salario mensual, ni al recurrente que pretende que sólo se tome una doscientos cuarentava, si se causó por completar otros cinco años de servicio es apenas lógico entender que una sesentava de su monto hace parte del salario promedio mensual, debiéndose descartar en consecuencia, el dislate del numeral 10, a la vez que devienen inadmisibles los de los numerales 8 y 9 (SCSJ SL, 11 nov. 1997, rad. 9981).

Por lo tanto el cargo es fundado y se casará la sentencia impugnada.

En sede de instancia, en lo que al recurso de la parte demandada se refiere, son válidas las consideraciones expuestas para resolver el cargo. Por lo tanto, se autoriza al Banco Popular realizar las

deducciones para cotización en salud, con respecto a las mesadas desde que se causaron.

En lo que corresponde al recurso de la parte actora, además de las consideraciones vertidas en sede casacional, debe decirse que como la prima de antigüedad integra el salario devengado en el último año de servicios en una sesentava parte, su valor asciende a \$34.700,89, que una vez indexado desde el 2 de enero de 1993, fecha en la que se terminó la relación laboral, hasta el 25 de junio de 2006, cuando adquirió el status de pensionado, corresponde a la suma de \$ \$167.823,19, cuyo 75% es de \$ 125.867,39,

valor que se agregará al monto obtenido en instancia por concepto de mesada, el cual es de \$1.851.327 (fl. 105), para un total de \$1.977.194,39, suma en la que se reajustará la pensión a partir del 25 de junio de 2006.

Ahora, respecto de la excepción de precepción hay que decir, que la Sala desde la sentencia SL8544-2016 tiene dicho, *«que la acción encaminada a obtener el reajuste de la pensión por inclusión de factores salariales, no está sujeta a las reglas de prescripción, motivo por el cual puede demandarse en cualquier tiempo la revisión de las pensiones»*

Dada la prosperidad parcial del recurso para el demandado, no se impondrán costas. Tampoco las habrá en segunda instancia, toda vez que ambas partes apelaron; las de primera instancia a cargo de la parte vencida.

XX. 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 la sentencia proferida el 30 de julio. de 2009 por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso que **DARÍO GILBERTO RIVERA MATEUS** promovió contra el **BANCO POPULAR S.A.**, en cuanto omitió disponer que al momento del pago de las mesadas adeudadas, se dedujera el valor pertinente para la cotización en salud y no tuvo en cuenta como factor salarial la prima de antigüedad. **NO LA CASA EN LO DEMÁS.**

En instancia, I) **MODIFICAR** la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de junio de 2007, en cuanto que el valor que debe reconocer el Banco Popular por concepto de la pensión de jubilación del señor **DARÍO GILBERTO RIVERA MATEUS** corresponde a \$1.977.194,39; II) **ADICIONAR** el ordinal primero de la parte resolutive en el sentido de **AUTORIZAR** al **BANCO POPULAR S.A.**, para que al momento del pago de las mesadas causadas, efectúe la deducción de las cotizaciones correspondientes con destino a la E.P.S. o entidad a la cual esté afiliado el actor a salud.

Costas como se dijo en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

GERARDO BOTERO ZULUAGA
Presidente de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN