

*República de Colombia*



*Corte Suprema de Justicia*

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

**JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ**  
**Magistrado ponente**

**SL11757-2014**  
**Radicación n.º 45202**  
**Acta 31**

Bogotá, D. C., tres (03) de septiembre de dos mil catorce (2014).

Decide la Corte los recursos de casación interpuestos por cada una de las partes, contra la sentencia proferida por la Sala Segunda Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 16 de octubre de 2009, en el proceso que instauró **YOLANDA DEL**

**SOCORRO JIMENO VIDAL** contra **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES- CAPRECOM.**

**I. ANTECEDENTES**

**YOLANDA DEL SOCORRO JIMENO VIDAL** llamó a juicio a **CAPRECOM**, con el siguiente propósito:

*Como consecuencia de no haberle reconocido CAPRECOM la pensión de jubilación a la señora...JIMENO VIDAL en la modalidad de 20 años de servicios sin consideración a la edad, ni tampoco en la modalidad de 20 años de servicios con 50 años de edad modalidades pensionales estas con que CAPRECOM ha reconocido y viene pagando pensiones, unas veces voluntariamente y otras mediante sentencias judiciales, sino que le otorgó su pensión a partir de cuando cumplió 55 años de edad y después de más de 22 años de servicios, con violación del régimen pensional de los funcionarios de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y tampoco haberle incluido los SALARIOS EXTRALEGALES devengados en el último año de servicios para efectos del reconocimiento del monto de su pensión de jubilación vulnerando el régimen prestacional de la extrabajadora, es por lo que la Caja... debe ser condenada a concederle a la señora... JIMENO VIDAL las siguientes...*

A consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a la demandada a reconocer, pagar y reliquidar la pensión de jubilación con los factores salariales extralegales devengados durante el último año de servicios, incluyéndole

la suma de \$4.090.257, según la RTS 1498 de 1998 expedida por TELECOM, con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la respectiva indexación desde el mismo momento en que adquirió el derecho. Junto con la pensión de jubilación con 20 años de servicios sin consideración a la edad, de acuerdo con la Ley 28 de 1943, artículo 1º, Parágrafo 3º del artículo 1º de la Ley 22 de 1945, D. 2661 de 1960, 5º y 13 de la Constitución, por haber reconocido y estar pagando pensiones en esta modalidad, según oficio SPE-O-010001 de mayo 12 de 2000, que pidió fuera aportado al proceso por CAPRECOM. En subsidio de esta pensión, solicitó la de la modalidad de 20 años de servicios y 50 años de edad, en aplicación del D. 2661 de 1960.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que laboró para TELECOM desde el 5 de junio de 1972 hasta el 31 de marzo de 1995, cuando fue desvinculada por la empresa mediante el plan de retiro voluntario, de tal manera que, según su dicho, había completado 22 años, 10 meses y 26 días, tiempo que, estima, le daba derecho a la pensión de jubilación desde ese momento; que solicitó también la pensión a la demandada con 20 años de servicio y 50 años de edad, pero que, igualmente, le fue negada; que mediante R. 2746 de 2004, la demandada le reconoció pensión de jubilación a la actora a partir del 5 de junio de 2003, con 20 años de servicio y 55 años de edad, no

obstante que, sostiene, ella tenía derecho a la pensión desde que fue retirada del servicio, sin tener en cuenta edad alguna; o desde cuando cumplió los 50 años de edad; se duele de que la empresa no solo le dejó reconocer la pensión desde el momento en que, en su criterio, tenía derecho, sino que, además, se la reconoció sin tener en cuenta todos los factores extralegales que recibió durante el último año de servicios, como ordena el artículo 9º del D.2201 de 1987 que regula las pensiones de TELECOM y no obstante que así los ha reconocido en otros casos, conforme a las resoluciones que relaciona; informa que nació el 5 de junio de 1948, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 había cotizado 21 años, 10 meses y 26 días, es decir que superaba ampliamente los requisitos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de donde sostiene que estaba amparada por este régimen especial.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos los aceptó parcialmente, con la aclaración de que a la actora no se le reconoció la pensión de 20 años de servicio con cualquier edad, en razón a que ella no desempeñó un cargo de los taxativamente señalados en el D. 2661 de 1960, como quiera que, sostuvo, ella laboró en el cargo de oficinista IV.

Admitió que la pensión le fue reconocida al cumplir los 55 años de edad en virtud de la Ley 33 de 1985, y que ella

era beneficiaria del régimen de transición, pero que este solo le conservaba la edad, tiempo y monto; en lo que tocaba con el IBL, sostuvo que se debía aplicar el D. 691 de 1994 que señala los factores salariales a ser incluidos, en concordancia con el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Aclaró que los factores tomados en cuenta para el IBL fueron los contenidos en la RTS 2080 del 1º de octubre de 2004 expedida por TELECOM y que la pensión fue reconocida mediante la R. 2746 del 2 de diciembre de 2004 y modificada posteriormente de oficio.

Manifestó que, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las pensiones de régimen de transición no se pueden liquidar con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, como lo solicita la demandante.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido; pago e improcedencia de la indexación; buena fe y las que procedan de oficio.

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

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Barranquilla, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 6 de marzo de 2008 (fls. 477 y ss), absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

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

La Sala Segunda de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante fallo del 16 de octubre de 2009, revocó la sentencia del a quo, para, en su lugar, condenar a la demandada a reliquidar la pensión a partir del 5 de junio de 2003, y absolver de las demás pretensiones.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el tribunal consideró que le competía determinar i.) si la actora tenía derecho a la pensión con 20 años de servicios y cualquier edad, según la Ley 22 de 1945; o, subsidiariamente, a la pensión con 20 años de servicio y 50 años de edad; y ii.) si le asistía el derecho a la reliquidación de la pensión con la inclusión de los factores extralegales devengados en el último año de servicios.

Asentó, en primer lugar, que no fue objeto de controversia que la actora estuvo vinculada a TELECOM

desde el 5 de junio de 1972 al 31 de marzo de 1995 y que se desempeñó en el último cargo de oficinista IV, pues encontró que esto había sido aceptado por la demandada y corroborado con las documentales de fls. 241 y 35, y el acta de conciliación de fls. 23 a 26, mediante la cual la actora se acogió al plan de retiro voluntario ofrecido por la empresa TELECOM.

Refirió que la demandada reconoció a la actora la pensión de jubilación, mediante R. 2746 del 2 de diciembre de 2004 (fls. 38 a 41), en la modalidad 20 años de servicio y 55 años de edad, a partir del 5 de junio de 2003, en aplicación de la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993, pues tampoco se había discutido que ella era beneficiaria del régimen de transición.

Consideró de utilidad hacer un recuento normativo sobre el régimen pensional aplicable a los trabajadores del sector de las telecomunicaciones, beneficiarios del régimen de transición, y, con ese fin, se valió del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 11 de febrero de 2002, radicado 1390, cuyo texto transcribió enseguida.

El tribunal dijo compartir totalmente el concepto citado, en el sentido de que las normatividades aplicables a

quienes se encontraban en el régimen de transición, en especial con el D. 3135 de 1968 que había unificado el régimen pensional de los servidores públicos y derogado las disposiciones contrarias, y mantuvo solo aquellas contenidas en las Leyes 28 de 1943, 22 de 1945 y el D. 2661 de 1960; y, posteriormente, con la expedición de la Ley 33 de 1985 que derogó expresamente el artículo 27 del D. 3135 de 1968, y dejó vigente solo aquellas que regulaban el D. 3135 en cuanto al régimen excepcional por la naturaleza de la actividad realizada, así:

*Si son trabajadores que ocupan cargos de excepción, la normatividad aplicable es la Ley 28 de 1943, Ley 22 de 1945 y el Decreto 2661 de 1960; en caso contrario la normatividad aplicable, en cuanto a edad, monto y tiempo de servicio, sería la contenida en la Ley 33 de 1985; es decir, 20 años de servicio y 55 años de edad, en tratándose de hombre o mujer.*

Tras lo anterior, tuvo en cuenta que el cargo desempeñado por la actora, de oficinista IV, no estaba dentro de los llamados cargos de excepción y, por lo tanto, ella no podía pretender que se le aplicara una modalidad pensional establecida solo para aquellas personas a quienes, por su actividad, se les benefició con un régimen especial.

Seguidamente concluyó que la normatividad aplicable al caso de la demandante era la Ley 33 de 1985, como lo resolvió la demandada en la R. 2746 de 2004, y,

consecuencialmente, absolvió de las pretensiones de las pensiones especiales solicitadas.

En segundo lugar dijo referirse a la solicitud de reliquidación de la pensión reconocida por la demandada, por no haber incluido los factores extralegales devengados por la actora desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y los devengados hasta el momento de su retiro, marzo de 1995, los cuales, según la demandante, no le fueron tenidos en cuenta por la demandada; se remitió a la certificación de los fls. 42 a 43, proveniente del empleador, sobre los valores para pensión pagados a la demandante durante el mes de abril de 1994 (la relacionó con la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993) a marzo de 1995 (la relacionó con la fecha de retiro de la demandante), consistente en la RTS 1498 de 21 de mayo de 1998, por un valor total de \$7.873.464. Esta información la contrastó con la contenida en la Resolución 2746 de 2004 (fl.38 a 41), y dijo evidenciar que los valores tenidos en cuenta por la demandada correspondían a los sueldos devengados en 1994, desde abril a diciembre, en cuantía total de \$2.679.390, y los sueldos devengados de enero a marzo de 1995, en cuantía total de \$1.103.820, para un gran total de \$3.783.210, no obstante que en la certificación expedida por TELECOM anunciada se indicaba como valores para pensión la suma de \$7.873.464; lo que lo llevó a darle la razón a la demandante, en el sentido de que, a su juicio, ciertamente le fueron dejados de incluir al momento de la

liquidación de la pensión la suma de \$4.090.254. Consecuencialmente, ordenó la reliquidación solicitada e hizo la siguiente aclaración:

*...no sin antes advertir que con ello, no se está variando la posición que ha adoptada (sic) esta Sala en torno a la forma de obtener la liquidación del ingreso base de liquidación (IBL) de las personas que se encuentran cobijadas por el régimen de transición; toda vez que los valores aquí tenidos en cuenta corresponden a los devengados desde el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993; es decir abril de 1994.*

A renglón seguido dijo que haría las operaciones matemáticas, y tomó en cuenta los IPC observados por la demandada en la resolución 2746 de 2004, con la precisión de que la demandada tuvo en cuenta el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual le arrojó una mesada pensional de \$1.243.451, a partir del 5 de junio de 2003, y no, de \$591.144, valor que había sido reconocido por la demandada; de esta manera, determinó una diferencia mensual insoluta equivalente a \$652.307 y ordenó su pago, con la indexación y los incrementos de ley, desde el 5 de junio de 2003.

Contra la anterior decisión ambas partes presentaron recurso.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN PARTE DEMANDANTE**

##### **ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

Se pretende que esta Corte case la sentencia impugnada en el sentido de mantener los numerales 1, 2, y 4, y *«...modificar el numeral 3 de la sentencia censurada, y en sede de instancia revocar en su totalidad la sentencia del juzgado y condenar al reconocimiento de la pensión con el régimen de 20 años de servicio y 50 de edad»*.

Con el citado propósito, presentó dos cargos que fueron objeto de réplica, los cuales se estudiarán conjuntamente por versar sobre los mismos motivos de inconformidad, además que tratan sobre aspectos que no fueron planteados oportunamente en la demanda e, igualmente, por presentar deficiencias de técnica similares.

##### **V. CARGO PRIMERO**

Se acusa la sentencia impugnada de violar directamente los artículos 467 y 468 del Código Sustantivo de Trabajo, por tratarse de las normas donde se encuentra respaldada la convención colectiva de trabajo, y la adenda a la misma, en relación con la aplicación indebida de la Ley

33 de 1985 en cuanto a la edad de reconocimiento de la pensión.

### **DEMOSTRACIÓN**

Para el recurrente, en los artículos 467 y 468 del CST se encuentran reguladas las convenciones colectivas y estima claro que desde que las mismas estipulen mejores beneficios que la ley para los trabajadores, éstas serán completamente válidas y deberán ser observadas con preferencia de aquella.

Con la aplicación de la Ley 33 de 1985, según el recurrente, el tribunal ignoró lo estipulado, en cuanto a las pensiones de jubilación, en la convención colectiva y en la adenda, donde, según su dicho, reza que los trabajadores vinculados con anterioridad de la vigencia del Decreto 2123 de 1992 conservaran las siguientes modalidades de pensión:

*El trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta años de edad, después de veinte años de servicio continuos o discontinuos...*

Es, según el recurrente, claro que, para determinar la edad de pensión en el caso de la demandante, debió tenerse en cuenta lo estipulado en la convención colectiva y no, la Ley 33 de 1985.

Con esta decisión, alega la censura, la sentencia del tribunal viola casi todos los principios del derecho laboral, como son el de favorabilidad, primacía de la realidad, condición más beneficiosa, legalidad e inescindibilidad.

Por ende, afirma, el tribunal aplicó indebidamente las disposiciones en cita. Que si ello no hubiese ocurrido, es incuestionable que la decisión tendría que haber sido concediendo la pensión en esta modalidad, y la condena en costas a cargo de la demandada.

## **VI. RÉPLICA**

Anota, en primer lugar, que el cargo presenta un grave error de técnica consistente en la indebida formulación de la proposición jurídica, toda vez que no se indica, en forma expresa y clara, qué normas fueron objeto de la supuesta infracción, error que, a su juicio, impide el estudio del cargo.

Agrega que, al haberse escogido la vía directa, se entiende que la parte actora admite, en su totalidad, los supuestos de hecho sobre los cuales el ad quem fundamentó su fallo, entre ellos, el más importante, el relacionado con la naturaleza de la pensión objeto del

sublite, cual fue de naturaleza legal, y, en consecuencia, los requisitos de la pensión están dados por la Ley 33 de 1985 y el 36 de la Ley 100 de 1993. Además, dice, que no fue acreditada por la demandante la calidad de beneficiaria de la convención, y que, en la R. 1126 de fls. 405 a 413 del expediente, se indicó, y así lo entendió el ad quem, que la pensión de la accionante era legal y no convencional.

## **VII. SEGUNDO CARGO**

Se acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente los artículos 467 y 468 del Código Sustantivo de Trabajo, en los cuales se encuentra respaldada la convención colectiva de trabajo y la adenda a la misma, en relación con la aplicación indebida de la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad de reconocimiento de la pensión.

## **DEMOSTRACIÓN**

Refiere el recurrente que en los artículos 467 y 468 del CST se encuentran reguladas las convenciones colectivas y estima claro que desde que las mismas estipulen mejores beneficios que la ley para los trabajadores, éstas serán completamente válidas y deberán ser observadas con preferencia a la ley.

Con la aplicación de la Ley 33 de 1985, considera el recurrente, que el tribunal ignoró lo estipulado en cuanto a las pensiones de jubilación en la convención colectiva y en la adenda que reza que los trabajadores vinculados con anterioridad de la vigencia del decreto 2123 de 1992 conservaran las siguientes modalidades de pensión:

*El trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta años de edad, después de veinte años de servicio continuos o discontinuos...*

Estima claro que, para establecer la edad de pensión en el caso de la demandante, debió tenerse en cuenta lo estipulado en la convención colectiva y no, en la Ley 33.

Con esta decisión, sostiene el recurrente, la sentencia del tribunal viola casi todos los principios del derecho laboral, como son el de favorabilidad, primacía de la realidad, condición más beneficiosa, legalidad, inescindibilidad.

Por ende, concluye, el tribunal aplicó indebidamente las disposiciones en cita. Si ello no hubiese ocurrido, es incuestionable que la decisión tendría que ser concediendo

la pensión en esta modalidad y condenar en costas a la demandada.

Lo anterior ocurrió, dice, por la apreciación errónea de las siguientes pruebas:

1. Convención colectiva de trabajo. Folios 426 al 439.
2. Adenda a la convención colectiva. Folios 440 a 442.

Por lo anterior, solicita casar la sentencia.

### **VIII. RÉPLICA**

Considera que nuevamente el recurrente comete errores evidentes de técnica que impiden el estudio del cargo, pues, precisa, que tal acusación se formula por la vía indirecta, pero no se dicen cuáles fueron los yerros fácticos en que supuestamente incurrió el ad quem, ni las pruebas mal apreciadas o las dejadas de apreciar, con el análisis respectivo. Agrega que no se atacaron todos los fundamentos del fallo, como el que dice que la pensión de la actora es de carácter legal.

## **IX. CONSIDERACIONES**

Conforme a los antecedentes de los cargos atrás reseñados, la demandante persigue con el presente recurso extraordinario que i) se case parcialmente la sentencia del tribunal, en cuanto negó la pensión de 20 años de servicio y cualquier edad, solicitada de forma principal, y la pensión bajo la modalidad 20 años de servicio y 50 años de edad, pedida de forma subsidiaria a la anterior, para que esta Corte, convertida en sede de instancia, le reconozca una pensión convencional con 20 años de servicio y 50 años de edad. Y ii) se deje en firme la parte de la sentencia del tribunal que ordenó la reliquidación de la pensión que le fue reconocida a la actora por contar 20 años de servicio y 55 años de edad, a partir del 5 de junio de 2003, con base en el RTS del 21 de mayo de 1998 donde aparecía un IBL del último año de servicios de mayor valor al tomado por la demandada en la R. 2746 de 2004, mediante la cual otorgó la citada pensión.

Observa la Sala que la segunda petición resulta incongruente con la primera, como quiera que, al rompe, se puede apreciar que si se le concediera a la demandante la pensión con 50 años de edad, esto es desde el 5 de junio de 1998, su monto no podría ser el mismo al obtenido después de la reliquidación ordenada por el ad quem con una indexación al 5 de junio de 2003, fecha a partir de la cual la

demandante viene disfrutando de la pensión reconocida por la demandada con base en Ley 33 de 1985 (con 55 años de edad), como quiera que la indexación ya tendría que realizarse hasta la nueva fecha de inicio del disfrute del beneficio vitalicio. Lo que de entrada pone en evidencia que los dos propósitos perseguidos con el recurso son incompatibles.

Adicionalmente, la inconformidad planteada por la censura trae un fundamento nuevo, cual es la convención colectiva, ya que ahora el recurrente invoca, de manera genérica, que se deben aplicar las normas convencionales más favorables con preferencia de la ley, por tanto acusa al ad quem de no haber tenido en cuenta los requisitos para pensión contenidos en la convención, en vez de los previstos en la Ley 33 de 1985; de donde deduce que el juez colegiado ignoró lo estipulado en los artículos 467 y 468 del CST y aplicó indebidamente la Ley 33 de 1985.

Sobre el particular, se tiene que el ad quem, al resolver las pretensiones relacionadas con las pensiones especiales solicitadas por el actor, partió del supuesto de que tales prestaciones objeto del litigio, fueron solicitadas (tanto la principal como la subsidiaria) con fundamento en la ley, más no, en convención colectiva alguna; lo cual, como lo destaca la parte replicante, no fue atacado por la censura;

en el primer cargo, por haberse formulado la acusación por la vía directa, dicho aspecto está marginado de la controversia; y, en el segundo cargo, pese a que sí optó por la vía indirecta para poner en tela de juicio la decisión del ad quem, el censor guardó silencio sobre esta premisa.

A más de lo anterior, dicho sea de paso, la Sala estima que tal supuesto fáctico adoptado por el ad quem concuerda con el texto de la demanda, según la reseña realizada al inicio de la presente providencia; inclusive, para ahondar más, coincide también con lo asentado por el a quo de cara al fundamento de las pensiones solicitadas, quien sobre el particular anotó:

*La acción promovida por la señora... JIMENO VIDAL, está orientada a obtener condena contra CAPRECOM, por concepto de reliquidación y pago de la pensión de jubilación incluyéndole los factores salariales extralegales devengados durante el último año de servicios, con los intereses moratorios e indexación desde el mismo momento en que adquirió el derecho a disfrutar la pensión de acuerdo con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; reconocimiento de la pensión de jubilación en la modalidad de 20 años de servicios sin consideración a la edad, de acuerdo con la ley 28 de 1943, artículo 1º; párrafo 3º del artículo 1º de la Ley 22 de 1945; Decreto 2661 de 1960 y artículos 5 y 13 de la Constitución Nacional; y, en caso de no acceder a la petición anterior, se condene a CAPRECOM a reconocer la pensión a la demandante, en la modalidad de 20 años de servicio y 50 años de edad, aduciendo que la demandada frente a otros trabajadores ha conferido la prestación que aquella persigue.*

***Está claro que dentro de la extensa demanda no se reportan normas de carácter convencional en las cuales la señora JIMENO soporte las pretensiones, porque claramente arguye que CAPRECOM le ha conferido a otros trabajadores la pensión con 20 años de servicios sin consideración a la edad, e igualmente la pensión de jubilación con 50 años de edad y 20 años de servicios. (Destaca esta Sala)***

Por otra parte, se aprecia por la Sala que, según los antecedentes de la sentencia del tribunal, la parte actora se apartó de las consideraciones del a quo sobre que no encontró elementos probatorios para condenar a la demandada a la pensión con 20 años de servicio y 50 años de edad, y que el recurrente hizo referencia a que, en el adendo de la convención colectiva de 1996 a 1997, estaba reconocida la pensión con 20 años de servicio y 50 años de edad.

No obstante lo sostenido por el apelante, se tiene que el juez de apelaciones partió del supuesto de que las pretensiones solicitadas eran de orden legal; por tanto, guardó silencio frente a los requisitos para adquirir la pensión contenidos en el adendo de la convención colectiva aludido por la parte actora; requisitos estos, se destaca, fueron invocados por primera vez en la impugnación contra la sentencia de primera instancia y de forma tangencial; en cuyo evento, si la parte actora estimaba que el ad quem tenía el deber de pronunciarse sobre tal punto, ha debido

solicitar oportunamente sentencia complementaria, pero no lo hizo.

Aun, cuando la parte demandante no provocó el pronunciamiento del tribunal en sentencia complementaria sobre los requisitos convencionales para adquirir la pensión, en todo caso, a estas alturas del proceso, no le cabe ningún reparo al fallador de segundo grado por no haber observado la convención colectiva de trabajo (menos por apreciarla erradamente como lo acusa indebidamente el censor en el segundo cargo), para efectos de establecer con base en ella (como lo alega ahora la parte actora) que bastaba tener 20 años de servicio y 50 años de edad para adquirir la pensión, ya que, a priori, se observa que tal estudio no guarda consonancia alguna con el contenido de la demanda inicial; máxime que este no es un tema que el ad quem debió haber incluido en su análisis oficiosamente, ni que fuera deducible de una interpretación razonable de la demanda, aunado a que, es bien sabido, él no tenía facultades extra petita.

En gracia de discusión, de haber ido más allá de los límites de la causa petendi planteada por la parte actora en la demanda y de haber reconocido una pensión convencional a favor de la demandante (proceder que ahora, en el fondo, es el que persigue la censura), el tribunal habría sorprendido a la contraparte con una condena

distinta a la solicitada en la demanda, en detrimento de su derecho de defensa y contradicción, componentes del debido proceso.

No está demás advertir, dado que, se itera, la demanda no abarcó dentro del petitum la pensión convencional, que nada obsta para que la parte actora, si considera tener ese derecho, la pueda perseguir en otro proceso.

Así las cosas, por tratarse de un medio nuevo, bajo esa óptica, no le está permitido a esta Corporación hacer pronunciamiento de fondo al respecto, en aras de la protección de los derechos de defensa y debido proceso de la contraparte. Sobre el medio nuevo tiene dicho la jurisprudencia:

*Cabe recordar que la Corte tiene decantado que hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia y que sean invocados en casación, constituyen lo que se ha denominado “medios nuevos”, que no tienen cabida en este recurso, pues al admitirlos se desconocería el derecho de defensa. CSJ SL 2 de mar. de 2007, rad. 28174.*

De lo anterior sigue el rechazo de los cargos, como también que el razonamiento del ad quem, para negar las pensiones solicitadas con base en requisitos especiales, consistente en que tales prestaciones solicitadas lo fueron

con soporte en la ley, continúa sirviendo de sustento a la sentencia impugnada. En consecuencia, igualmente se mantiene intacta la presunción de legalidad de la conclusión de que la norma legal reguladora de los requisitos de la pensión de la actora es la Ley 33 de 1985, es decir que tal derecho lo adquirió la actora con 20 años de servicio y 55 años de edad, por ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal y como fue reconocido por la demandada.

## **X. RECURSO DE CASACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA**

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

### **ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

Pretende el recurrente que la Corte case totalmente la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, confirme en su totalidad la sentencia del ad quo, absolviendo a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito formula dos cargos que fueron objeto de réplica y se estudiarán conjuntamente en razón a que versan sobre el mismo motivo de inconformidad, cual fue el IBL tomado por el ad quem que le sirvió de base para ordenar la reliquidación de la primera mesada pensional.

## **XI. CARGO PRIMERO**

Se acusa la sentencia impugnada como violatoria de la ley sustancial por la vía indirecta, según el recurrente, por ignorar algunos hechos y pruebas, y apreciar erróneamente otras, *«lo que condujo a la interpretación errónea del inciso tercero del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, en lo que respecta al ingreso base de liquidación que debe ser tenido en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación de la actora, de la Ley 33 de 1.985, artículos 53 y 58 de la Constitución Nacional, y a la falta de aplicación siendo del caso hacerlo del Art. 18 de la Ley 100 de 1993, Art. 3 del decreto 813 de 1994, Art. 6 del D. 691 de 1994 y del Art. 1 del Decreto 1158 de 1994, ley 4a de 1992»*.

La censura relaciona los siguientes errores de hecho:

- 1) No tener por demostrado, a pesar de estarlo, que la relación de tiempo de servicios expedida por la antigua empleadora de la actora para el reconocimiento de la pensión de jubilación, corresponde a RST 002080 de 1 de octubre de 2004 y RTS del 26 de abril de 2006, expedidas por TELECOM, conforme se indicó en la resolución 2746 de 2 de diciembre de 2004 y resolución 1126 de 6 de junio de 2007 mediante las cuales se reliquidó la pensión de jubilación a la actora, por parte de CAPRECOM.
- 2) Tener por demostrado, sin estarlo, que todos los valores certificados en la RTS 1498 de 21 de mayo de 1998, constituían salario para efectos del pago de aportes para pensión, y, consecuentemente, para la liquidación de la primera mesada pensional de la actora.
- 3) No tener por demostrado, a pesar de estarlo, que, para la fecha de retiro de TELECOM, a la demandante no se le efectuaban descuentos sobre la totalidad de ingresos devengados, la mayoría de los cuales no eran constitutivos de salario y que, en todo caso, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, no existía historia laboral para pensiones en el sector público.

- 4) No tener por demostrado, a pesar de estarlo, que la pensión reconocida a la demandante es de carácter legal y, en tal virtud, debe ser liquidada sobre aquellos valores que el mismo legislador estableció que se deberían tener en cuenta para la liquidación de aportes para pensión dentro del decreto 1158 de 1994.
- 5) No tener por demostrado, a pesar de estarlo, que como la demandante cumplió 55 años de edad el 5 de junio de 2003, fecha en la cual habían pasado más de 8 años de vigencia del sistema general de pensiones, lo procedente para su caso era liquidar la pensión tomando los últimos 10 años de servicios, como en efecto lo hizo la demandada.
- 6) Dar por demostrado, sin estarlo, que la primera mesada pensional reconocida a la demandante, correspondió a la suma \$591.144.
- 7) No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que tal como consta en la documental obrante a folios 412 del plenario, la primera mesada pensional de la actora fue reajustada mediante resolución 1126 de 2006, a la suma de \$781.396, siendo este el valor definitivo de su primera mesada pensional.

Pruebas no apreciadas según la censura:

1. La documental obrante a folios 409 a 413 del expediente, consistente en la copia de la resolución 1126 emanada de CAPRECOM, donde se indica que la RTS remitida por TELECOM para reajuste de la pensión de la demandante, lo es la RTS de abril de 2006.
2. Circular 00135000-25 emanada de la extinta TELECOM, fls 424 a 425, donde se evidencia que, contrario a lo estimado por el ad quem, los pagos extra legales devengados por los trabajadores no servían de aportes para pensión y solo empezaron a ser tenidos en cuenta para tal efecto en 1997, con posterioridad a la fecha de retiro de la actora y para trabajadores que iban a ser beneficiarios de las pensiones convencionales de TELECOM.
3. Documental obrante a folios 420 a 423 del proceso, consistente en la parte respectiva del manual de prestaciones económicas de TELECOM, donde se indican, en forma expresa, los pagos respecto de los cuales se realizaban aportes y en estos fueron incluidos los considerados por el tribunal para condenar a la reliquidación de la pensión; si el ad quem hubiera estimado la documental en cuestión, habría dado por hecho que frente a los trabajadores de TELECOM los pagos extra legales objeto de condena nunca fueron considerados constitutivos de salario, sostiene el censor.

4. También se presentaron los errores de hecho, porque el ad quem apreció de manera equivocada: el acta de conciliación No 0507 de 9 de febrero de 1995 (fls.23 a 28 del expediente), en donde se indica que la accionante se retiró del servicio el 31 de marzo de 1995. Que si esta prueba hubiese sido apreciada correctamente, el juzgador habría dado por hecho que, para la fecha de retiro, conforme a lo consignado dentro de los actos administrativos de reconocimiento de la pensión y la circular 00135000- 25 emanada de la extinta TELECOM, a la actora no se le efectuaban descuentos para pensión frente a aquellos pagos extra legales que fueron incluidos como parte del ingreso base de liquidación de esta prestación económica, en el fallo atacado.
5. La RST 002080 de 1 de octubre de 2004, remitida para el reconocimiento de la pensión por parte de CAPRECOM, obrante dentro del expediente administrativo allegado al plenario, en donde se indican los pagos que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión.

Pruebas mal apreciadas, según el recurrente:

1. Igualmente, dice que se apreció de manera errónea la Resolución 2746 de 2 de diciembre de 2004, (fls 38 a 41); que si esta prueba hubiera sido apreciada correctamente, el ad quem habría dado por hecho que

la RTS remitida por parte de TELECOM para el reconocimiento de la pensión, corresponde a la emitida en el 2004 y no la certificación de 1998, alega el impugnante.

2. También afirma que se equivocó el juzgador de segunda instancia en la valoración de la prueba documental obrante a folios 42 a 43 del plenario, al considerar que todos los valores allí reportados eran constitutivos de salario, sin tener en cuenta que el mismo legislador estableció, frente a los trabajadores del sector público, cuáles de los pagos percibidos deben ser tenidos en cuenta como salario al momento de efectuar los aportes para pensión.
3. Para la censura, hubo error por parte del juzgador de segunda instancia, además, al no considerar que la actora cumplió la edad para pensionarse el 5 de junio de 2003, tal como se indica en los actos administrativos de reconocimiento de la pensión, y se demuestra con el expediente administrativo que obra dentro del plenario.
4. Que igualmente se equivocó el juzgador al imponer la condena, según el recurrente, al considerar para tal efecto como primera mesada pensional reconocida a la demandante, la suma de \$591.144, sin tener en cuenta que tal como consta en la documental obrante a folios 412 del plenario, la primera mesada pensional de la actora fue reajustada mediante resolución 1126

de 2006, a la suma de \$781.396, siendo este el valor de su primera mesada pensional.

### **DEMOSTRACIÓN DEL CARGO.**

Sostiene la censura que el fallo de segunda instancia, para efectos de determinar la viabilidad o no de la reliquidación de la primera mesada pensional de la actora, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, parte de tres supuestos fácticos erróneos; el primero consistente en que todo lo percibido por la trabajadora entre abril de 1994 y la fecha de su retiro, marzo de 1995, fue constitutivo de salario, y, en tal sentido, sirvió de base de aportes para pensión; el segundo, sobre que el ingreso base de liquidación de la pensión no debe ser calculado, para tal efecto, con base en los ingresos reportados como salariales dentro de los últimos 10 años de servicios, sino dentro del tiempo transcurrido entre abril de 1994 y el mes de marzo de 1995, último año de servicios, a pesar de que la demandante cumplió la edad para acceder a la pensión legal de jubilación el 5 de junio de 2003; y tercero, en que el valor de la primera mesada pensional reconocida a la actora, correspondió a la suma de \$591.144, sin tener en cuenta que, tal como consta en la documental obrante a folios 412 del plenario, la primera mesada pensional de la actora fue reajustada mediante

Resolución 1126 de 2006, a la suma de \$781.396, siendo este el valor de su primera mesada pensional.

Manifiesta la recurrente que los errores de hecho en que incurrió el tribunal condujeron a que el ad quem, para el presente caso, distorsionara los efectos del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, al considerar que la pensión de la parte actora debe ser liquidada, teniendo en cuenta "*todo lo devengado*" entre el mes de abril de 1994 y el mes de marzo de 1995, esto es, el último año de servicios, sin tener en cuenta que el mismo artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone en forma expresa que el IBL corresponderá para casos como este a lo devengado durante los últimos 10 años de labor.

Agrega que el juzgador apreció erróneamente la prueba documental obrante a folios 42 a 43 del plenario, consistente en una relación de ingresos, no válida para efectos de reconocimiento de pensión, lo que lo condujo a hacer caso omiso a los factores de liquidación de las pensiones que están expresamente establecidos en la ley, es decir aquellos sobre los cuales se determinó que se deben efectuar las cotizaciones, y que están señalados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 y la Ley 62 de 1985; disposiciones que, afirma, ignoró el juzgador de segunda instancia para liquidar la pensión concedida a la

demandante, pues tomó el promedio salarial del último año de servicios, en el que se incluyen conceptos salariales distintos de los indicados en ellas.

Le critica al tribunal no haber apreciado la documental obrante a folios 409 a 413 del expediente, consistente en la copia de la resolución 1126 emanada de CAPRECOM, donde se indica que la RTS remitida por TELECOM para reajuste de la pensión de la demandante, lo es la RTS de abril de 2006. Que tampoco hubiere considerado, para su decisión, la circular 00135000-25 emanada de la extinta TELECOM, fls. 424 a 425, donde se evidencia que, contrario a lo estimado por el ad quem, los pagos extra legales devengados por los trabajadores no servían de aportes para pensión y solo empezaron a ser tenidos en cuenta para tal efecto en 1997, con posterioridad a la fecha de retiro de la actora, y lo fue para trabajadores que iban a ser beneficiarios de las pensiones convencionales de TELECOM.

No tuvo en cuenta la documental obrante a folios 420 a 423 del proceso, consistente en la parte respectiva del manual de prestaciones económicas de TELECOM, donde se indica, en forma expresa, los pagos respecto de los cuales se realizaban aportes, los cuales, afirma, no incluyen los considerados por el tribunal para condenar a la reliquidación de la pensión.

Según la censura, si el ad quem hubiera estimado la documental antes relacionada, habría dado por hecho que, frente a los trabajadores de TELECOM, los pagos extralegales objeto de condena nunca fueron considerados constitutivos de salario.

También se presentaron los errores de hecho, según su dicho, porque el ad quem apreció de manera equivocada: el acta de conciliación No 0507 de 9 de febrero de 1995 (fls.23 a 28 del expediente), en donde se indica que la accionante se retiró del servicio el 31 de marzo de 1995. Si esta prueba hubiera sido apreciada correctamente, asevera, el juzgador habría dado por hecho que, para la fecha de retiro conforme a lo consignado dentro de los actos administrativos de reconocimiento de la pensión y la Circular 00135000-25 emanada de la extinta TELECOM, a la actora no se le efectuaban descuentos para pensión frente a aquellos pagos extralegales que fueron incluidos como parte del ingreso base de liquidación de esta prestación económica, en el fallo atacado.

Señala que de la misma manera se apreció de manera errónea la Resolución 2746 de 2 de diciembre de 2004, (fls

38 a 41); estima que, si esta prueba hubiera sido apreciada correctamente, el ad quem habría dado por hecho que la RTS remitida por parte de TELECOM para el reconocimiento de la pensión, corresponde a la emitida en el 2004 bajo el número 2800 (sic) y no, a la certificación de 1998.

Que también se equivocó el juzgador de segunda instancia en la valoración de la prueba documental obrante a folios 42 a 43 del plenario, al considerar que todos los valores allí reportados eran constitutivos de salario, sin tener en cuenta que el mismo legislador estableció frente a los trabajadores del sector público, cuáles de los pagos percibidos deben ser tenidos en cuenta como salario al momento de efectuar los aportes para pensión.

Hubo error por parte del juzgador de segunda instancia, agrega la recurrente, al no considerar que la actora cumplió la edad para pensionarse el 5 de junio de 2003, tal como se indica en los actos administrativos de reconocimiento de la pensión y se demuestra con el expediente administrativo que obra dentro del plenario, y que, por tanto, el IBL correspondía en los términos consignados dentro del inciso 3 del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, a los últimos 10 años de labor y no del último año de servicios.

Finalmente, asevera la recurrente que el ad quem se equivocó al imponer la condena, al considerar, para tal efecto, como primera mesada pensional reconocida a la demandante, la suma de la suma de \$591.144, sin tener en cuenta que, tal como consta en la documental obrante a folios 412 del plenario, la primera mesada pensional de la actora fue reajustada, mediante Resolución 1126 de 2006, a la suma de \$781.396, siendo este el valor de su primera mesada pensional.

Conforme a lo anterior, concluye que, ni en el remoto evento de una condena, podían ascender las sumas objeto de la misma, a las diferencias dinerarias consignadas en el numeral SEGUNDO de la sentencia atacada, toda vez que dichas diferencias deben ser calculadas teniendo como valor de la primera mesada pensional de la actora la suma de \$781.396

## **XII. RÉPLICA**

El antagonista del recurso considera que, conforme a la demostración del cargo, no existe en realidad disconformidad alguna con la apreciación de las pruebas; considera que lo que se presenta en el fondo, para la censura, es una oposición a la interpretación de las normas que hizo el ad quem.

### **XIII. CARGO SEGUNDO**

Acusa la sentencia por violar directamente, en la modalidad de interpretación errónea, el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que condujo a la falta de aplicación, siendo del caso hacerlo, de los artículos 18 de la Ley 100 de 1993, 3 del decreto 813 de 1994, 6 del D. 691 de 1994 y 1 del Decreto 1158 de 1994 y Ley 4ª de 1992.

Considera que el ad quem interpretó erróneamente el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, lo que conllevó a la aplicación indebida del inciso 2º del artículo 9º del Decreto 2661 de 1.960, y la Ley 33 de 1985, porque no tuvo en cuenta que, como lo ha reiterado esta Corte, dice, en varias de sus sentencias, entre ellas la fechada el 23 de abril de 2.003, Rad. 19459, el régimen de transición consagrado dentro del artículo 36 de la Ley 100 de 1.993 consagra la aplicación de normas anteriores, en lo que respecta a edad, tiempo y monto de la pensión, pero no en lo que respecta al ingreso base de liquidación.

Si el ad quem hubiese considerado lo consagrado en forma expresa dentro de la precitada norma, dice la censura, no habría tenido como desacertada la decisión adoptada por el juez de primera instancia, en lo atinente a la aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, para la determinación del ingreso base de liquidación aplicable en el caso de la accionante.

Acusa la interpretación que se efectúa en el fallo atacado sobre la aplicabilidad de los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, de reñir con el tenor literal de la norma, que no diferencia en lo que respecta a las condiciones en que deben ser reconocidos los beneficios del régimen de transición, toda vez que en ningún momento el legislador estableció que el ingreso base de liquidación formaba parte del monto de la pensión, cual es una condición totalmente distinta, dentro del proceso de reconocimiento y pago de esta prestación económica.

Admite, para la sustentación del cargo, que la norma aplicable al presente caso es el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, pero precisa que difiere con el ad quem en lo que respecta a la forma de aplicación, ya que el juzgador no consideró que, para la pensión reconocida a la demandante, se debía tener en cuenta, para el ingreso base de liquidación, no sólo lo consignado en forma expresa dentro del artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, si no lo presupuestado dentro del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, que seguidamente transcribe, junto con el artículo 1º del D. 1158 de 1994.

Como quiera que, antes de la Ley 100 de 1993, las cajas de previsión no manejaban historia laboral de aportes, estima la censura que debe considerarse que las normas que determinan el ingreso base de liquidación de pensión son las mismas por medio de las cuales el legislador definió qué valores de los percibidos por los trabajadores del sector público debían tenerse en cuenta para efectos de realizar los aportes para pensión.

Concluye que el ingreso base de liquidación tenido en cuenta para el reconocimiento de la primera mesada pensional a la demandante corresponde al presupuestado en los artículos 36 y 18 de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1158 de 1994, fuente del derecho pensional de la actora, de tal manera que, asevera, debe considerarse que, contrario a lo considerado por el ad quo (sic), la pensión de la demandante fue liquidada correctamente.

#### **XIV. RÉPLICA**

Considera que lo pretendido por la recurrente viola casi todos los principios del derecho laboral, como son el de favorabilidad, primacía de la realidad, condición más beneficiosa, legalidad e inescindibilidad. Por tanto, se opone a la prosperidad del cargo.

#### **XV. CONSIDERACIONES**

El Tribunal entendió que la accionante estaba reclamando la reliquidación de la primera mesada pensional con el fin de que se le incluyera en el IBL los factores extralegales devengados por ella desde el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994) hasta la fecha de retiro, o sea el 31 de marzo de 1995, y bajo esa perspectiva realizó el estudio.

El análisis lo llevó a darle la razón en un todo a lo solicitado por la demandante de cara al reajuste de la primera mesada; el ad quem fundamentó la orden de reliquidar la primera mesada pensional en que el IBL tomado por la demandada en la R. 2746 de 2004 fue con base en la RTS 1498 de 1998 proveniente del empleador, de donde la entidad había extraído el acumulado de \$3.783.210; no obstante que, como lo alegaba la extrabajadora, en dicha RTS 1498, se habían indicado como valores para pensión la suma de \$7. 873,464; de esta manera la alzada concluyó que la demandada dejó de incluir, al momento de la liquidación del IBL, los factores que sumaban \$4.090.254. En consecuencia, para el ad quem, el valor de la primera mesada resultó equivalente a la suma de \$1.243.451, y no de \$591.144, valor este que, a su juicio y conforme a lo sostenido por la parte actora, fue el reconocido por la demandada; así pues, profirió, en contra de la convocada a juicio, la condena de pagar la diferencia mensual insoluta de \$652.307, con la indexación y los incrementos de ley, a partir del 5 de junio de 2003, cuando la actora completó el requisito de edad de 55 años.

Sobre el fundamento jurídico de la condena, el ad quem precisó:

*...no sin antes advertir que con ello, no se está variando la posición que ha adoptada (sic) esta Sala en torno a la forma de obtener la liquidación del ingreso base de liquidación (IBL) de las personas que se encuentran cobijadas por el régimen de*

*transición; toda vez que los valores aquí tenidos en cuenta corresponden a los devengados desde el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993; es decir abril de 1994.*

Seguidamente, también advirtió que la accionada había tenido en cuenta el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin hacerle ninguna objeción a esta por haber aplicado tal inciso.

El precitado razonamiento le indica a la Sala que el juez de segundo grado compartió la aplicación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 aludida por la demandada, pero en el entendido de que el periodo a considerar para calcular el IBL es el comprendido desde la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), hasta la fecha de retiro de la actora (o sea el 31 de marzo de 1995).

La citada interpretación de la alzada coincidió con la solicitud de la demandante, pero no porque esta invocara la aplicación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, (menos en el entendido dado por el ad quem), sino porque, en su criterio, el IBL debía corresponder al promedio de todo lo devengado en el último año de servicios por ser beneficiaria del régimen de transición; apreciación que, para el caso de la actora, arrojaba el mismo resultado al obtenido por el tribunal; de esta manera se explica que el ad quem, aunque por distintas razones, arribó al mismo IBL

que pretendía la demandante y accedió a su solicitud de reliquidación, tal cual en los montos solicitados.

De los motivos de inconformidad presentados por la censura en el cargo primero formulado por la vía indirecta, por ajustarse a la forma requerida para denunciar los yerros fácticos, en arreglo a la técnica de casación, se rescatan los consistentes en que, según la impugnante, el ad quem se equivocó al no tener en cuenta que:

- i) La pensión de la demandante otorgada mediante R. 2746 de 2004 (fls. 38 a 41) fue liquidada con base en la RTS 2080 de 2004, y no en la certificación 1498 de 1998, por lo que acusó la errada apreciación de la citada Resolución 2746 visible a los fls. 38 a 41 y la documental de fls. 42 a 43 consistente en el reporte salarial de 1998;
- ii) igualmente que el valor inicial de la mesada equivalente a \$591.144 fue reajustado, de manera oficiosa, en la suma de \$781.396, siendo este el valor definitivo de su primera mesada pensional que fue reconocido por la entidad responsable de su pago, mediante la R. 1126 del 2 de junio de 2007 (fls. 409 a 413), cuya prueba denuncia como no apreciada; reajuste que, informa, fue obtenido con base en la RTS 002080 del 1º de octubre de 2004 y la RTS del 26 de abril de 2006 que fueron expedidas por TELECOM, y que, según la censura, tampoco fueron apreciadas.

Desde la perspectiva de lo fáctico, observa la Sala que el ad quem efectivamente se equivocó al apreciar la R.2746 de 2004, pues en su contenido aparece registrado que la liquidación de la pensión se basó en la RTS 2080 del 1º de octubre de 2004, y no, en la certificación de 1998, con número 1498.

Por otra parte, si bien en esta certificación expedida en 1998 se dijo «*valor acumulado de pagos para pensión*» equivalente en la suma de \$7.873.464 que fue la cifra tomada por el ad quem para efectos de establecer la diferencia pensional insoluta, se advierte por la Sala que este acumulado comprende únicamente el último año de servicios, no obstante que el juez colegiado estuvo de acuerdo con que la demandada, para efectos de calcular el IBL, dijo tomar el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuyo texto es el siguiente:

*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

De lo atrás dicho se tiene que el ad quem no solo se equivocó al apreciar la resolución 2746 de 2004, en tanto que esta no se basó en la RTS 1498 de 1998 como así lo entendió, sino en la RTS 2080 de 2004; pues, como lo señala el recurrente en el segundo cargo, igualmente le dio una inteligencia equivocada al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que, al establecer el IBL de la pensión correspondiente a la actora, no se ciñó a los términos ordenados por la Ley 100 de 1993. De haberlo hecho correctamente, habría establecido que el IBL correspondiente a la pensión objeto del sublite (con fecha de retiro del servicio 31 de marzo de 1995), de manera alguna podía ser el solicitado por la demandante, cuál era el promedio de todos los factores extralegales del último año de servicios, dado que, según la única lectura posible del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 este ha de comprender el tiempo que le hacía falta para reunir los requisitos contado desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, conforme al artículo 18 ibídem, también incluido en la proposición jurídica en el segundo cargo por haberse trasgredido por falta de aplicación (es decir por infracción directa), solo se pueden tomar los factores relacionados en el D. 1158 de 1994, dentro de los cuales no están los factores extralegales, a menos que sean salario, sobre lo cual se guardó silencio en la demanda.

Para reforzar lo acabado de decir sirve traer a colación lo dicho por esta Sala sobre el tema, en la sentencia CSJ SL 486 de 2013:

*La controversia en la esfera casacional queda contraída al punto relativo a los <factores salariales> que se debieron tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación oficial de la promotora del proceso.*

*Así las cosas, de cara a lo planteado en el primer cargo, desde el punto de vista jurídico, el Tribunal no pudo cometer ningún yerro al concluir que en este asunto los factores para liquidar la prestación pensional de la actora, eran los contemplados en el D. 1158/1994 Art. 1º, que reguló lo concerniente a los factores que se deben tener en cuenta para calcular la base de cotización dentro del sistema general de pensiones de los servidores públicos y así mismo para la liquidación de la pensión, por ser la norma que se encontraba en vigor cuando se consolidó el derecho.*

*En efecto, esta Corporación en un proceso análogo seguido contra la misma entidad demandada CAJANAL, en el que también se discutían los factores salariales para liquidar una pensión de jubilación de un empleado del INURBE, tuvo la oportunidad de estudiar el tema y definir que para determinar dichos factores integrantes del IBL se aplica la norma vigente al momento de la causación del derecho, que no es otra que el D. 1158/1994 Art. 1º. En sentencia de la CSJ Laboral, 29 de mayo de 2012, Rad. 44206, se adoctrinó:*

*“(.....) encuentra la Sala que la negativa del ad quem a la pretensión de reliquidación pensional, con base en el salario de alimentación, subsidio de transportes, desayunos, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones y sobreremuneración en condición de exfuncionario, se ciñe al precedente de esta Sala sobre los factores salariales a tener en cuenta para determinar el IBL de las pensiones de régimen de transición que completan el requisito de edad en vigencia de la Ley 100 de 1993, el cual se encuentra, entre otras, en la sentencia 17192 de 2002:*

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

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

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

*De lo anterior se colige que no incurrió el ad quem en infracción directa de los artículos 1º y 3º inciso 3º de la Ley 33 de 1985, y 1º inciso 3º de la Ley de 1985, pues, de acuerdo con lo ya resuelto por esta Sala, para efectos de determinar los factores salariales integrantes del IBL se aplica la norma vigente al momento de la causación del derecho, esto es el D.R. 1158 de 1994<sup>1</sup>. Pues como se dijo en la sentencia 26753 de 2006, <...es*

---

<sup>1</sup> D.R. 1158/94, art. 1º. "Base de cotización. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;

*de iterar que la Ley 33 de 1985, que es la que gobierna la pensión de jubilación del accionante, se aplica en virtud del fenómeno jurídico de la transición en cuanto a la edad, el tiempo de servicios y el monto del 75%, más no en lo tocante a la base salarial, dado que aquélla está regulada en el inciso tercero del aludido artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que esto implique que se esté fraccionando o escindiendo la norma>.*

*No está demás advertir que los factores reclamados por el censor en la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión, en todo caso, no debían ser tomados en cuenta, al no hacer parte de la relación señalada por el legislador para tal efecto en el artículo 6º del D.R. 1158 citado.*

*La censura se equivoca cuando sostiene, al negar, infructuosamente, la taxatividad de los factores salariales para liquidar la pensión, que si la intención del legislador con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el 3º de la Ley 33 de 1985 hubiese sido fijar esta, no habría determinado que la prestación pensional se calcula de todas maneras sobre los mismos factores que sirvieron de base para el correspondiente cálculo del aporte durante su vida laboral.*

*En otras palabras, el censor sostiene que, conforme a las Leyes 33 de 1985 y 62 de 1985, se debe reconocer la pensión con base en los factores salariales sobre los cuales se cotizó, sin importar que estos hayan sido incluidos en el ingreso base de cotización por el legislador, es decir, según tal interpretación, los factores a cotizar quedaban a voluntad del cotizante, con la eliminación de un tajo de los establecidos en la norma.*

- 
- c) La prima técnica cuando sea factor de salario;
  - d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;
  - e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
  - f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y
  - g) La bonificación por servicios prestados”.

*Amén de que las Leyes 33 y 66 de 1985 no son las aplicables al caso, según lo atrás expuesto, la inteligencia que el censor propone dar a tales normas es equivocada, pues de una interpretación sistemática de los artículos contenidos en la Ley 33 de 1985, con las modificaciones introducidas con la Ley 66 del mismo año, sin duda alguna, se infiere que el legislador sí estableció taxativamente los factores salariales sobre los cuales se debía aportar para tener derecho a la pensión, y, por ende, el IBL se debe determinar con base en dichos factores; la expresión de que <...las pensiones siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes>, no hace cosa distinta que reafirmar la obligatoriedad de tales factores y de los aportes para efectos de establecer el IBL. Lo anterior concuerda con lo dicho por esta Sala en la sentencia 26659 de 2005:*

*<Estima la Sala que no tiene relevancia el hecho de que en las referidas disposiciones se haga referencia a los factores para la liquidación de aportes a las Caja de Previsión y en este caso el actor no haya aportado a ninguna de ellas, pues de todos modos el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 62 de 1985 hacía alusión a que ‘En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes’.*

*Y como bien lo señaló el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de 29 de abril de 2004, rad. Nº 2287-03, ‘la estipulación final del artículo 1º de la Ley 62 citada, sobre la liquidación de la pensión de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, no significa una exclusión para los casos en que la entidad no haya efectuado los descuentos por tal concepto, sino la obligación, para los empleados de régimen especial, de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional, de manera que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento la entidad de previsión efectúe los descuentos pertinentes’.>.*

Resta advertir que ciertamente el ad quem no tuvo cuenta la R. 1126 del 2 de junio de 2007 obrante a fls. 405 y ss del plenario, mediante la cual la demandada reajustó oficiosamente el valor de la primera mesada pensional de la actora en la suma de \$781.396. No obstante, también observa la Sala que esta documental se produjo luego de haberse trabado la Litis (la demanda fue contestada el 20 de marzo de 2007, fl.238), de tal manera que no fue decretada como prueba en la primera audiencia de trámite; igualmente, que el a quo no ordenó su incorporación tras haber sido allegada por la demandada mediante oficio (fl.404).

Dada esta circunstancia, no puede la Sala tenerla en cuenta en sede de casación; pero esto no tiene relevancia, en razón a que ya la Sala encontró motivos suficientes para casar la sentencia, sin necesidad de acudir a la citada documental.

En este orden de ideas, no le queda otra alternativa a la Sala que casar parcialmente la sentencia del tribunal por haber infringido las normas acusadas por la demandada, al haber revocado la sentencia del a quo, y, en su lugar, ordenado la reliquidación de la pensión con el promedio de lo devengado en el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores extralegales, sin tener en cuenta lo

establecido en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 18 ibídem y el artículo 1º del D. 1158 de 1994, con imposición de costas a cargo de la demandada.

## **XVI. SENTENCIA DE INSTANCIA**

A consecuencia de que prosperó el cargo de la demandada relacionado con la reliquidación de la primera mesada pensional ordenada por el ad quem, lo que conllevó el derrumbamiento de tal condena, le corresponde a esta Sala, en sede de instancia, resolver la inconformidad de la parte actora en lo que atañe, únicamente, a la decisión del a quo de absolver sobre el particular.

De acuerdo con lo asentado por el ad quem en los antecedentes de su decisión (sobre lo cual no se hizo reparo alguno en sede de casación), la parte demandante sostuvo en esa instancia que para la reliquidación de la pensión se debía remitir a la RTS No. 1498 del 21 de mayo de 1998; que TELECOM (sic) al reconocer la pensión solamente tuvo en cuenta la suma de \$3.783.210 que correspondía a factores legales, y dejó de aplicar la sumas de \$4.090.257, por concepto de factores salariales extralegales. Que había anexado al expediente la R. JD0012 de 1992 que en sus artículos 223 y 324 indicaban qué factores constituyen salario para pensión; además de la R. 1945 de 1998, donde

le había sido reconocida la pensión a otra persona, en la modalidad de 20 años de servicio y 50 años de edad, y le fueron tenidos en cuenta los factores legales y extralegales. Que a consecuencia de lo anterior, solicitó el reconocimiento de la pensión en la modalidad de 20 años de servicio y 50 años de edad, tal como le ha sido reconocida a otros trabajadores, en aplicación del artículo 10 del CST, y que invocó la sentencia No.18556 del 13 de febrero de 2003 de esta Corte.

Lo asentado en sede de casación es razón suficiente para confirmar la sentencia del a quo en lo que atañe a la absolución impuesta por concepto de reliquidación de la pensión de naturaleza legal que fue solicitada con base en la contabilización de todos los factores extralegales devengados en el último año de servicios contenidos en la RTS 1498 del 21 de mayo de 1998.

Se destaca una vez más que la pensión adquirida por la actora, conforme a lo establecido por el ad quem y se mantiene intangible a estas alturas del proceso, lo fue con fundamento en la ley, esto es con los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto regulados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para quienes al 1º

de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad, en el caso de las mujeres, o 15 años de servicio.

En esa línea, el IBL de esta clase de pensiones se determina con base en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir que no se puede tomar el promedio del último año de servicios para los trabajadores que cotizaron en vigencia de la mencionada ley de seguridad social, así se viniera haciendo de esta manera con el régimen anterior.

Por otra parte, no todo lo devengado por el trabajador es computable para el IBL de una pensión reconocida bajo el amparo del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como la obtenida por la actora, sino que, con base en el artículo 18 ibídem, se deben tomar en cuenta los factores relacionados para tal propósito en el artículo 1º del D.1158 de 1994<sup>2</sup>, dentro de los cuales, conviene

---

<sup>2</sup> D.R. 1158/94, art. 1º. “Base de cotización. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y
- g) La bonificación por servicios prestados”.

precisar, no están enlistados los conceptos de carácter extralegal.

Lo atrás dicho basta para negar la reliquidación solicitada por la demandante con base en la RTS 1498, pues esta refiere a lo devengado en el último año de servicios, rango que no se aplica a la demandante, pues ella alcanzó a cotizar en vigencia de la Ley 100 de 1993. Y los factores que se anhela sean incluidos son de carácter extralegal, sin que se hubiese especificado oportunamente si tenían o no carácter salarial.

Para que tuviera viabilidad su reclamación de reliquidación de la primera mesada, por tratarse de una pensión legal la que le fue reconocida, la actora debió solicitarla con base en el D. 1158 de 1994; acreditar los devengados durante el tiempo que le hizo falta para completar los requisitos en vigencia de la Ley 100 de 1993, en cuyo evento le correspondía al juzgador contrastar la prueba de los factores devengados con la relación prevista en el artículo 1º del D. 1158 de 1994, para efectos de establecer cuáles no fueron incluidos en el IBL, debiendo serlo, y poder establecer así si se dio alguna diferencia pensional que diera lugar a ordenar el reajuste. Pero la actora escogió el camino diferente para reclamar la tan mentada reliquidación pensional, sin que por esa vía

tuviera vocación alguna de prosperar su petición por falta de fundamento legal para hacerlo así, de acuerdo con la situación fáctica planteada desde la demanda.

Con relación al precedente de esta Sala que citó la parte actora con el fin de que se le diera igual tratamiento, en aplicación del artículo 10 del CST, corresponde anotar por la Sala que este trata de una situación muy distinta a la de la aquí demandante; según la referida sentencia 18556 de 2006, en las instancias se reconoció a un trabajador oficial que laboró entre el 24 de agosto de 1964 y el 31 de agosto de 1992, una pensión de Ley 33 de 1985, es decir con 20 años de servicio y 55 años de edad (por ser hombre); de donde es evidente que, a diferencia de la aquí demandante, según los extremos de la relación laboral, el actor de ese proceso no cotizó en vigencia de Ley 100 de 1993; además que, dicho sea de paso, a él le fue negada por el ad quem la reliquidación de la pensión con base en todos los factores devengados en el último año de servicios, en razón a que, en su criterio, la empresa le incluyó los que debió computar, y el cargo presentado por la parte actora en casación no le prosperó por razones de deficiencias de técnica insuperables.

Por último, dado que la reliquidación de la primera mesada fue solicitada con base en la RTS 1498 de 1998

respecto a la suma que le fue reconocida a la demandante en la R.2746 de 2004 equivalente a \$591.144, reclamación que no prosperó por las razones ya expuestas, no resulta necesaria la documental de fls. 405 al 413 consistente en la R.1126 de 2007, modificatoria de aquella, por lo que no se toman las medidas pertinentes para validar su incorporación al plenario.

En consecuencia, se confirma la decisión del a quo en cuanto negó la reliquidación en los términos solicitados por la demandante.

Costas en el presente trámite a cargo de la parte actora, en razón a que su recurso de casación no prosperó y que hubo réplica, contrario a lo sucedido respecto al de la demandada. Se le condena a pagar la suma de \$3.150.000 por concepto de agencias en derecho. En instancia, las costas serán a cargo de la parte actora, dado que no tuvieron éxito sus pretensiones.

## **XVII. 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 por la Sala Segunda Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 16 de octubre de 2009, en el proceso que instauró **YOLANDA DEL SOCORRO JIMENO VIDAL** contra **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES-CAPRECOM**, en cuanto revocó la sentencia del a quo para, en su lugar, ordenar, en los ordinales primero y segundo, la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora, a partir del 5 de junio de 2003 y el pago de las diferencias respectivas, y en el cuarto, condenar en costas a la demandada. Todo esto se infirma de la decisión del ad quem, quedando incólume la parte que absolvió de las restantes pretensiones de la demanda, en vista de que no prosperó el recurso extraordinario de la parte actora.

En instancia se CONFIRMA la sentencia de primera instancia que absolvió a la demandada de la pretensión de reliquidación de la mesada pensional con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

**RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO**

Presidente de Sala

**JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ**

**ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN**

**CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**

**GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA**

**LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS**

**CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE**