

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

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN
Magistrada ponente

SL7107-2015
Radicación n.º 48182
Acta 16

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015)

Decide la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** contra la sentencia de 23 de agosto de 2005, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Sincelejo que puso fin al proceso ordinario laboral que **CARLOS OLARTE** promovió contra la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal-.

I. ANTECEDENTES

A través del recurso extraordinario de revisión la recurrente pide revocar la sentencia atrás referida y disponer que la pensión concedida se calcule con el 75% del ingreso base de liquidación y los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994; así mismo el reintegro de \$74.985.767.00, que recibió el pensionado por retroactivo hasta el 25 de marzo de 2005, \$62.541.439.00 por intereses moratorios y el mayor valor que se pagó de esa fecha en adelante.

Indicó que por Resolución 24934 del 29 de octubre de 2001, la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal-reconoció en favor de Carlos Olarte pensión vitalicia de vejez, a partir del 26 de febrero de 2001, en cuantía de \$1.626.892,53 según lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como los Decretos 1158 de 1994 y 01 de 1984; que en virtud de la demanda que aquél presentó por considerar que la mesada debió calcularse con un 85% del valor del salario promedio devengado, dado que prestó servicios durante 35 años, 3 meses y 13 días, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo condenó a Cajanal a incrementarla a \$2.575.388,66, a partir del 26 de febrero de 2001 y le impuso los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, el 23 de agosto de 2005 confirmó el fallo del a quo y en su

ejecución, Cajanal depositó ante el Juzgado, por retroactivo pensional hasta marzo de 2005, intereses de mora y agencias en derecho, la suma de \$175.894.206; a través de Resolución 10055 de 3 de marzo de 2009, la Caja Nacional de Previsión Social, dio cumplimiento a las sentencias referidas, en el sentido de disponer «*elevantar la cuantía de la pensión del señor CARLOS OLARTE... a la suma de...\$2.575.388,66, efectiva a partir del 26 de febrero de 2001...*».

Advirtió que la confirmación de la sentencia de primer grado estuvo precedida de error al mantener la tasa de liquidación de la pensión en el 85% del salario promedio devengado, pese a que dicho porcentaje excede el 75% establecido en la Ley 33 de 1985.

El 12 de abril de 2011 esta Sala de la Corte admitió el recurso y dispuso la notificación y traslado al demandado por 10 días, conforme al artículo 34 de la Ley 712 de 2001 (fls. 23 y 24).

El demandado se opuso a que se emitieran las declaraciones incoadas, por cuanto se presentó transcurridos 4 años desde la ejecutoria de la sentencia con que se concedió la pensión, en tanto la expresión «*en cualquier término*» del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, fue declarada inexecutable mediante sentencia C-835 de 2003, por lo cual debía aplicarse el término de 2 años, establecido en el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil.

Adujo que si bien la sentencia del a quo fue apelada por CAJANAL, en la sustentación del recurso nada se dijo acerca de la liquidación de la mesada pensional con base en el 85%, de suerte que el Tribunal no pudo analizar ese específico punto, dada la limitación del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil; por la cuantía de las condenas, era procedente el recurso extraordinario de casación, y no es viable, a través de esta acción, atentar contra la seguridad jurídica, como si se tratara de una tercera instancia (fls. 29 a 34).

En providencia de 19 de octubre de 2011, se declaró extemporáneo el recurso de revisión y se impuso costas a la entidad demandante; no obstante a través de auto AL1474-2013, de 19 de diciembre de ese año, se declaró la nulidad constitucional del pronunciamiento referido, debido a que, en síntesis, el término se contó a partir de la fecha en que se expidió el fallo de segunda instancia, en contravía del artículo 30 de la Ley 712 de 2001 que expresamente establece la procedencia de la revisión contra «*sentencias ejecutoriadas*», lo que se ratifica con lo dispuesto en el artículo 33 *ibídem*.

II. CONSIDERACIONES

La norma que abrió paso a la acción intentada por la entidad actora, es del siguiente tenor:

Artículo 20. Revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de

naturaleza pública. *Las providencias judiciales que en cualquier tiempo hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación.*

La revisión también procede cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial.

La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse en cualquier tiempo por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

*[...] **b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables.** (Textos subrayados declarados inexequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-835 de 2003).*

Tal recurso extraordinario tuvo por objeto, según la exposición de motivos de la ponencia que se presentó ante las cámaras legislativas, crear «(...) instrumentos jurídicos para hacer frente a la inclemente expoliación del tesoro público que desde múltiples frentes y bajo multiplicidad de modalidades se ejercita en el país» (Sentencia del 15 de abril de 2005, Rad. 25761).

En punto a la materia esta Sala, en sentencia de 25 de julio de 2012, radicado 48410, expuso:

En efecto, el literal a) del artículo ibídem dispone que las providencias judiciales que impongan condena de sumas

periódicas o pensiones, con cargo al tesoro nacional o a fondos de naturaleza pública, podrán ser revisadas, bien cuando su reconocimiento se haya fundado con violación al debido proceso, o cuando la cuantía de lo que se reconoció hubiese excedido lo debido, de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva.

Esa medida, extraordinaria, reviste un gran impacto jurídico y, sin lugar a dudas, su génesis no es otra que la de incorporar un principio moralizante a la actividad de reconocimiento pensional, en tanto los limitados recursos del erario, imponen una labor mucho más exigente que con otro tipo de asuntos que se ponen en conocimiento del juez.

Es por eso que, excepcionalmente, los otros principios que entran en colisión con tan particular medida, como la cosa juzgada y la seguridad jurídica, deben ceder para, en su lugar, concretar unas aspiraciones sociales, que están estrechamente relacionadas con los recursos que de manera irregular terminan satisfaciendo pretensiones particulares, específicamente cuando existe palmaria evidencia de que ello ocurre.

Esa búsqueda de la armonía que insta la Ley, obliga a que sea el juzgador el que pondere, si lo pedido en el recurso de revisión es de veras trascendental, es decir, que en verdad exista un exceso en la sentencia, evidente, grosero, que no una mera discrepancia en torno a la aplicación de una norma, o un extemporáneo y fútil pedimento, y que además, delimite las eventuales situaciones que puedan llevar a eximir a las entidades públicas que hayan tenido espacios procesales idóneos para plantear esas discusiones, y que no los hubiesen utilizado, pero sin soslayar responsabilidades individuales, siendo que lo que se debate, esto es, los principios a los que atrás se hizo referencia no son de poca monta.

Todo ello hay que entenderlo según la exposición de motivos del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 que circunscribió esa revisión para “afrentar los graves casos de corrupción en esta materia y evitar los grandes perjuicios que pueda sufrir la Nación”, y es entonces en esa perspectiva que procede el recurso, cuando aquellas omisiones en la defensa existan, pues otra lectura entrañaría una vulneración del artículo 29 de la Constitución Política.

Consciente de la importancia del instituto de la cosa juzgada como ingrediente inherente al de la certeza jurídica, esta Sala de la Corte tiene adoctrinado que la utilización de las causales de revisión introducidas por el legislador de 2003 debe ser excepcional *«(...) dentro de un estricto y responsable marco de autorregulación dentro del cual se armonicen plenamente los intereses públicos y los del demandado, de tal manera que este recurso extraordinario no se distorsione o hipertrofie en casos que no lo ameriten realmente, distraendo a la Administración de Justicia de su trascendental función, sino que el uso del mismo se ha de limitar a sentencias en las cuales la violación al debido proceso y el exceso y abuso de la normatividad genitora de la prestación concedida judicialmente resulten groseramente evidentes y plenamente manifiestos, estructurando sin lugar a mayores inferencias conceptuales las dos nuevas causales»*. (Fallo de abril 22/08; Rad. 30517).

En lo que aquí concierne, mediante sentencia de 22 de abril de 2005, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo dispuso la reliquidación de la pensión de jubilación de CARLOS OLARTE debido a que la Caja Nacional de Previsión no incluyó en la base para calcular el monto de la pensión de jubilación de que trata el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, los valores pagados a título de auxilio de alimentación y primas de vacaciones, servicios y de navidad, dado que solo colacionó lo devengado por asignación básica, dominicales y feriados, así como horas extras.

Estimó equivocado tal ejercicio, toda vez que para efectos de calcular los aportes para pensión, se tuvieron en aquellos factores salariales desechados por la entidad de seguridad social. Así concluyó:

Como se viene explicando, pues, el actor devengó durante el período comprendido entre el 1º de Abril de 1994 y el 31 de Diciembre de 2001, los siguientes factores salariales: asignación básica, dominicales y festivos, horas extras, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad.

Efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, arroja un salario promedio de \$1.042.445,61, el que debidamente indexado; corresponde al valor de \$3.029.869,02 cuyo 85% de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, equivale a la suma de \$2.575.388,66, monto al cual debía circunscribirse la pensión de jubilación que le fuera reconocida al actor a partir del 26 de Febrero de 2001.

El petitum primero del libelo de la demanda está, pues, llamado a prosperar, luego se incrementará el valor de la mesada pensional en el monto de \$2.575.388,66, como antes se concluyera, incluyendo las mesadas adicionales de Junio y Diciembre de cada anualidad, debidamente indexadas ya, efectiva a partir del 26 de Febrero de 2001.

El análisis del Tribunal, que condujo a la confirmación de la decisión, se limitó a sintetizar la motivación del juzgador de la instancia inicial.

El desatino cometido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Sincelejo es ostensible y abre paso a la prosperidad del recurso extraordinario impetrado, por lo que enseguida se considera:

Con reiteración, esta Sala de la Corte tiene definido que mediante el régimen de transición, se buscó paliar los efectos nocivos que el tránsito de legislación pudo irrogar a las personas que se encontraban relativamente cerca de acceder a la prestación por vejez; que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en principio, se conservaron las exigencias del régimen al que pertenecía el afiliado al 1º de abril de 1994 en punto a la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto, empero que el ingreso base de liquidación era el señalado en el inciso 3º de la norma recién mencionada.

Con menor intensidad, pero con igual nivel de uniformidad, a partir de lo preceptuado en el artículo 288 del estatuto que se comenta, se ha decantado por la jurisprudencia que la regla de inescindibilidad comporta la imposibilidad de «utilizar fraccionadamente las normas pensionales para acoplar la situación que mejor convenga al demandante» (SL17403-2014); entre otras en sentencia de casación CSJ SL 24 abr 2013, rad. 39036, consideró la Sala:

Para darle una respuesta adecuada a tales planteamientos, se debe comenzar por advertir que no existe alguna discusión en torno a que la demandante es beneficiaria del régimen de transición que prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dicho supuesto fue aceptado por el Instituto de Seguros Sociales en la Resolución No. 00071 del 19 de enero de 2001 (fls. 10 a 12), indicado en la demanda y aceptado en la contestación, además de asumido por los falladores de instancia. En tal orden, no entiende la Corte el reclamo esbozado en el alcance de la impugnación atinente a que se reconozca dicho beneficio.

Lo que sí parece discutirse es la norma que debe aplicarse a la actora, por la remisión del régimen de transición y, más allá de eso, cuál disposición es la que debe regir la liquidación de la prestación, en cuanto a porcentaje e Ingreso Base de Liquidación, que, en el sentir del censor, tendrían un efecto claro en este caso, porque el Instituto de Seguros Sociales no tuvo en cuenta todo el tiempo de servicios y cotizaciones.

En torno a tal aspecto, el Tribunal dedujo de manera correcta que el régimen aplicable a la actora, por transición, era el contemplado en la Ley 33 de 1985, en la medida en que había tenido la condición de servidora pública durante más de 20 años y había alcanzado la edad de 55 años, de manera tal que había cumplido con los requisitos que allí se establecen. Por lo mismo, determinó que la pensión debía liquidarse con el 75% del ingreso base, tal y como lo prescribe el artículo 1 de dicha norma y en la forma en la que lo había realizado el Instituto de Seguros Sociales, en la Resolución No. 00071 del 19 de enero de 2001.

Partiendo del mismo presupuesto, resultaba intrascendente que la actora tuviera más tiempo de servicios o cotizaciones, pues en el régimen de la Ley 33 de 1985, ese hecho no se traducía en un mayor porcentaje de liquidación de la pensión, que invariablemente viene a ser de 75%. De la misma forma, era totalmente improcedente acudir al artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para aumentar dicho porcentaje, como lo reclama el censor, pues esa disposición hace parte de otro régimen de pensiones diferente, que no se puede mezclar inapropiadamente, so pena de desconocer principios como el de inescindibilidad de la norma».

Es evidente que los jueces de instancia incurrieron en grave equivocación al aplicar la tasa de reemplazo del artículo 34 de la Ley 100 de 1993 a la pensión de jubilación consagrada en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, lo que condujo a ampliar injustificadamente y en detrimento de la entidad los porcentajes adicionales por semanas cotizadas de que trata el referido precepto legal, lo cual emerge como

uno de los motivos generadores de un monto considerablemente superior al dispuesto por el legislador de 1985. En un proceso en el que se debatieron supuestos fácticos similares, pero con respecto al Acuerdo 049 de 1990, en fallo CSJ SL 21 jun 2011, rad. 39155, se discurrió así:

No obstante lo anterior, de todos modos los cargos no tendrían vocación de prosperidad, pues lo que pretende el impugnante es que una pensión de jubilación que le fue reconocida por el Instituto aplicando en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Ley 33 de 1985, sea calculada teniendo en cuenta el monto o tasa de reemplazo prevista en el Acuerdo 049 de 1990, lo cual es a toda luces improcedente.

Si para efectos de la edad y el tiempo de servicios se acudió a la Ley 33 de 1985 según el juzgador por ser más favorable, toda vez que le permitió al demandante acceder al derecho con 55 años, el porcentaje del ingreso base de liquidación para definir el monto, debía ser el previsto en esa normatividad y no en una distinta. Como lo asentó el Tribunal, el derecho no se materializó con arreglo al régimen del Acuerdo 049 de 1990, pues cuando solicitó la pensión el actor no tenía 60 años de edad, ni completaba el número de semanas previsto en esas normas, pues se ha de recordar que las cotizaciones que se validan para obtener la pensión de vejez con arreglo al citado Acuerdo y en virtud de la transición del artículo 36 de la Ley de seguridad social integral, son las vertidas al Instituto y no “las sufragadas a cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado o el tiempo trabajado como servidores públicos”, como lo precisó la Sala en sentencia de 4 de noviembre de 2004, rad. N° 23611, reiterada en la de 10 de marzo de 2009, rad. N° 35792, entre otras. Además, no podía ser el régimen que le amparara la transición, puesto que la afiliación al Instituto se dio el 1° de mayo de 1996 después de la entrada en vigencia del sistema general de la pensiones.

En esas condiciones se insiste, la tasa de reemplazo se rige como lo entendió el juzgador, por la Ley 33 de 1985, y no por el

Acuerdo 049 de 1990 que es para quienes obtienen la pensión según los reglamentos del Instituto.

El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, garantiza para efectos de la prestación de vejez la aplicación del régimen anterior en lo relacionado con la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto; pero la normatividad que corresponda se aplica en su integridad, salvo en lo relacionado con el ingreso base de liquidación por propia disposición de la norma en cita, sin que sea posible escindir regímenes y tomar de cada uno de ellos aquellas disposiciones que se estimen más favorables, porque esto sería crear una nueva norma para cada caso, lo cual resulta inadmisibles en virtud del principio de inescindibilidad de la ley como lo asentó la Corte en sentencia de 11 de mayo de 2010, rad. N.º 36963.

Ese punto eminentemente jurídico y debatido ampliamente en las instancias, no podía soslayarlo el Juez plural como lo afirma el accionado, porque es evidente que al discutirse la reliquidación de la pensión del régimen transicional era menester pronunciarse sobre el monto equivocado al que arribó el a quo, contrario a las normas que regulaban la materia.

Adicionalmente, en la sentencia cuestionada se incluyó en la base para liquidar la pensión rubros que si bien pudieran tener connotación salarial, de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994, modificatoria de la Ley 33 del mismo año, no pueden ser tomados en cuenta para liquidar la pensión de jubilación oficial, bajo los parámetros del régimen de transición, pues según esta norma solo están llamados a dichos efectos la asignación básica mensual, los gastos de representación, la remuneración por trabajo

dominical o festivo, la bonificación por servicios prestados, así como las primas técnica y de antigüedad, ascensional y de capacitación, cuando constituyan factor de salario; no tienen tal naturaleza el auxilio de alimentación y las primas de vacaciones, de servicios y de navidad, que los juzgadores de 1ª y 2ª instancia computaron como parte de la base para calcular el monto de la pensión.

Como corolario de lo motivado, prospera el recurso de revisión formulado por la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, pues se demostró la ocurrencia de la causal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, a consecuencia de su indebida aplicación.

Para proveer sobre la prescripción alegada por el demandado, se parte de lo considerado en el auto AL1474 de 19 de diciembre de 2013, por el cual se declaró la nulidad constitucional de la sentencia de 19 de octubre de 2011, en el sentido de que el término de prescripción comienza a transcurrir una vez quede ejecutoriado el fallo que puso fin al proceso ordinario, dada la claridad del artículo 30 de la Ley 712 de 2001 que expresamente establece la procedencia de la revisión contra «*sentencias ejecutoriadas*», lo que se ratifica con lo dispuesto en el artículo 33 *ibídem*.

Así las cosas, como la sentencia del Tribunal Superior de Sincelejo fue dictada el 23 de agosto de agosto de 2005 (fls. 66 a 71), una vez transcurridos los 15 días para interponer el recurso extraordinario de casación, adquirió

firmeza el 13 de septiembre del mismo año, de suerte que el plazo para acudir en revisión ante esta Sala vencía el 13 de septiembre de 2010. Como con vista al folio 2 de la actuación, se constata que LA NACIÓN-MIMISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO instauró la acción de revisión el 9 de septiembre de esta anualidad, resulta claro que la acción se ejerció dentro del lapso habilitado por la Ley 712 de 2001, según los términos de la sentencia C-835 de 2003.

Toda vez que no es posible imputar mala fe a la conducta del demandado CARLOS OLARTE, dado que la reliquidación de la pensión fue consecuencia de un pronunciamiento judicial que, incluso, se encontraba en firme, por tanto amparado por la presunción de legalidad y acierto, además producto del ejercicio del legítimo derecho público de acción, no se dispondrá la devolución de las sumas de dinero que le fueron pagadas en exceso.

En cambio, se imponen costas al vencido en juicio, con inclusión de \$3.250.000.00, a título de agencias en derecho.

III. 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,

IV. RESUELVE:

PRIMERO: Invalidar la sentencia dictada el 23 de agosto de 2005 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, confirmatoria de la proferida el 22 de abril del mismo año por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo, en cuanto condenó a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal- a reliquidar la pensión de jubilación concedida a CARLOS OLARTE en cuantía de \$2.575.388.66 mensuales y dispuso el pago del retroactivo causado, además de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: En su lugar, se absuelve a dicha entidad de las pretensiones de la demanda ordinaria promovida por CARLOS OLARTE contra la Caja Nacional de Previsión Social.

TERCERO: Negar el reintegro de los valores recibidos por CARLOS SOLARTE de la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal-.

CUARTO: Por Secretaría, envíese copia de la presente providencia al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo, para que forme parte del expediente respectivo.

Costas, como se dejó dicho.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

(Impedida)

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS