

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL

Radicación No. 42141

Acta No. 12

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de dos mil once (2011).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de **EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A.**, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 27 de mayo de 2009, en el juicio que le promovió **PEDRO DUSTANO BEJARANO TOVAR.**



ANTECEDENTES

PEDRO DUSTANO BEJARANO TOVAR demandó a la sociedad EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., con el fin de que fuera condenada a reliquidarle el valor inicial de la pensión de jubilación a la cantidad mensual de \$9.685.187.25, a partir del 23 de enero de 2004; las diferencias pensionales causadas desde la misma fecha, junto con los reajustes legales; la indexación de éstas; y las costas procesales.

Fundamentó sus peticiones en que laboró para la sociedad ESSO COLOMBIANA LIMITED, desde el 15 de junio de 1982; que ésta fue absorbida por EXXONMOBIL DE COLOMBIA, a partir del año 2001, para quien trabajó hasta el 30 de noviembre de 2002, es decir, por espacio superior a 20 años; que, a la terminación del contrato, la sociedad demandada se comprometió a pagarle la pensión de jubilación, a partir del cumplimiento de los 50 años de edad, circunstancia que se concretó el 24 de enero de 2004; que su última remuneración devengada ascendía a \$12.913.583; que



la demandada reconoció a su favor la pensión de jubilación, a partir del 24 de enero de 2004, en cuantía de \$7.160.000 cuando debió hacerlo por \$9.685.187.25; que, en consecuencia, los reajustes posteriores de la prestación se realizaron sobre sumas inferiores.

Al dar respuesta a la demanda (fls.41-47 y 85- 93 del cuaderno principal), la entidad accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, los reconoció como ciertos, salvo la consideración del actor de que la cuantía inicial de la pensión debía ser equivalente a \$9.685.187.25. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo de 10 de marzo de 2009 (fls.98-105 del cuaderno principal), absolvió a la entidad demandada de todas las pretensiones del actor.



LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al conocer del proceso, por apelación interpuesta por el demandante, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante fallo de 27 de mayo de 2009 (fls.149-156 del cuaderno principal), revocó en su totalidad el del a quo y, en su lugar, declaró que el monto inicial de la pensión voluntaria de jubilación reconocida al actor correspondía a \$9.685.188; y condenó a la entidad a pagar las diferencias causadas entre dicho valor y el reconocido por la entidad junto con su indexación.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró como fundamento de su decisión, que era necesario determinar inicialmente la naturaleza de la pensión reconocida por la demandada al actor, en la medida que éste sostenía que, por ser voluntaria, no estaba sujeta a las disposiciones legales en materia pensional y aquella, por el contrario, que era legal y, por tanto, le era aplicable el tope máximo consagrado en la ley; que, de conformidad con los parámetros determinados en el acuerdo de



conciliación a que llegaron las partes, no fue otra la voluntad expresada que la de reconocer *“al extrabajador voluntariamente la pensión de jubilación proporcional al tiempo de servicio, cuando acredite haber cumplido 50 años de edad”*, de lo que no se podía entender otra cosa que la condición de voluntaria de la pensión, toda vez que, al determinarse allí que al cumplimiento de la edad de 60 años y la permanencia en el régimen pensional que tenía durante la vinculación, con el fin de permitir que el Seguro Social asumiera el pago, solo se estaba haciendo referencia a la noción de compartibilidad de la pensión, lo que no le quitaba su condición de ser voluntaria, ya que del texto mismo de la conciliación emergía con claridad que el reconocimiento pensional fue otorgado de manera voluntaria.

Igualmente señaló que, en el presente asunto, no era posible aplicar las normas que determinaron unos topes máximos para fijar el monto de la pensión legal de vejez, no obstante ser cierto que la Ley 100 de 1993, no estableció límite al monto de la pensión, pues su artículo 34 determinó que el valor de la pensión no podía superar el 85% del ingreso base de liquidación; que,



posteriormente, el Decreto 813 de 1994 impuso como límite máximo de pensión, 15 salarios mínimos legales mensuales, la que se hizo extensiva a todos los beneficiarios del régimen de transición, pero dicha norma fue objeto de declaratoria de nulidad por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 14 de agosto de 1997, radicado 11687; que el monto superior a que hacía referencia la citada sentencia, no era otro que el de los 20 salarios mínimos, pero aplicable a las pensiones legales reconocidas en vigencia de la Ley 100 de 1993, evento que no era aplicable al caso debatido, por tratarse de una pensión voluntaria.

Sentado a lo anterior, estimó que, conforme al documento de folio 48, el promedio devengado por el actor fue de \$12.913.583, cuyo 75% correspondía a \$9.685.188, valor que correspondía a la pensión que ha debido reconocerse.

EL RECURSO DE CASACIÓN

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



ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case totalmente la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, confirme en su integridad la de primer grado. Subsidiariamente, solicita “se **CASE PARCIALMENTE** la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, de Bogotá en cuanto al considerar que la pensión reconocida el actor tuvo un carácter netamente voluntario, la misma no tuvo tope máximo y por ende la cuantía inicial de la prestación asciende a la suma de \$9.685.188.00. Convertida esa H. Corporación en Tribunal de Instancia, se servirá revocar la sentencia dictada por el a- quo y en su lugar ordenará el reajuste de la primera mesada pensional al valor de \$8.950.000.00 correspondiente a 25 salarios mínimos del año 2004, dejando sin costas el recurso”.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, que fue replicado y enseguida se estudia.

CARGO ÚNICO



Acusa la sentencia recurrida de violar indirectamente, en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 260 del C.S.T.; 1º y 2º de la Ley 4ª de 1976; 1º y 2º de la Ley 71 de 1978; 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966; 18, parágrafo 3; 36 de la Ley 100 de 1993; 2º del Decreto 314 de 1994; 5º de la Ley 797 de 2003; 3º del Decreto 510 de 2003; en relación con los artículos 21 del C.S.T.; 66 de la Ley 446 de 1998; 30 del Decreto 2511 de 1998; y 78 y 145 del C.P.T. y de la S.S.

Afirma que la anterior violación se dio como consecuencia de los siguientes errores de hecho:

“1. Dar por demostrado, contra la evidencia, que la pensión de jubilación reconocida al actor tuvo un carácter netamente voluntario sin sujeción a ningún tope máximo”.

“2. No dar por demostrado estándolo, que el actor estaba cobijado por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y que la pensión que le fue reconocida por la demandada simplemente anticipo por 5 años la pensión legal de jubilación sujeta al tope previsto establecido en la Ley”.

“3. Dar por demostrado, sin estarlo que el acta de conciliación mediante la cual se anticipó el reconocimiento de la pensión legal no consagró ningún tope para esta prestación”.

“4. No dar por demostrado estándolo, que el acuerdo celebrado entre las partes refirió de manera expresa a la pensión legal”.



consagrada en el art. 260 del C.S.T. y consecuencialmente la pensión reconocida en el mismo está sujeta al tope máximo consagrado en la ley para las pensiones de origen legal”.

Sostiene que estos errores de hecho se dieron como consecuencia de la errada apreciación del acta de conciliación celebrada entre las partes ante el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de diciembre de 2002, que obra a folio 64 a 66 del cuaderno principal y de la falta de apreciación del contrato de transacción celebrado entre las partes el 26 de noviembre de 2002 (folio 63) y el certificado de existencia y representación legal de la entidad demandada (folios 53 a 60).

En la demostración del cargo sostiene, después de transcribir apartes de la sentencia del Tribunal, lo siguiente:

“De los apartes transcritos se evidencian los protuberantes errores en los que incurrió el Tribunal en la valoración del acta de conciliación obrante a folios 64 a 66 del plenario, al considerar que no obstante el régimen de transición que estaba sometido el demandante, la pensión que le fue reconocida por la empresa tuvo un origen netamente voluntario y además sin sujeción a ningún tope”.

“No fue objeto de discusión y así lo acredita el certificado de existencia y representación legal obrante a folios 53 a 60 del expediente, que el objeto social de la sociedad EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. es y ha sido básicamente la explotación,



distribución, almacenamiento y venta de petróleo y sus derivados, razón por la cual y en cuanto a la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, las prestaciones derivadas de estos riesgos estuvieron a cargo de la empresa hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siendo afiliado el demandante al ISS a partir del 1 de abril de 1994, cuando ya contaba con 14 años de servicios”.

“En razón de la situación fáctica mencionada, todos los trabajadores de la entidad que represento incluido el actor, fueron inicialmente beneficiarios del régimen de transición consagrado en los arts. 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966 y posteriormente del art. 36 de la Ley 100 de 1993. En efecto, al contar el demandante con más de 10 años de servicios para la fecha en que fue afiliado al sistema general de pensiones, tenía derecho a que la empresa le reconociera la pensión de jubilación al cumplir los requisitos del art. 260 del CST, pensión que sería subrogada en el Sistema una vez se hiciera efectivo el reconocimiento por parte de éste de la pensión de vejez, quedando a cargo de la empresa únicamente el mayor valor si lo hubiere”.

“La inclusión del demandante dentro del régimen de transición y consecuentemente el derecho que le asistía a beneficiarse de la pensión de jubilación en los términos del art. 260 del CST, fue un hecho claro y no discutido por las partes, derecho y régimen a los que se hace expresa referencia tanto en el contrato de transacción que ellas celebraron y que obra a folio 63 del expediente, como en el acuerdo conciliatorio que se suscribió con posterioridad a este contrato y que reposa a folio 64 a 66”.

“En el contrato de transacción, que no fue apreciado por el Adquem, concretamente en su numeral 6º se lee:

“LA COMPAÑÍA reconoce anticipadamente la pensión de jubilación legal, de manera proporcional al tiempo de servicio, a partir de la fecha que EL EMPLEADO acredite haber cumplido (50) años de edad, la pensión de jubilación proporcional al tiempo de servicio con la compañía, la cual se pagara (sic) hasta la fecha en que el empleado cumpla 60 años de edad, fecha a partir de la cual dicha pensión será compartida por la compañía y el Instituto de Seguros Sociales” (Subrayado fuera del texto)”.

“De la misma manera, en el acuerdo conciliatorio que fue apreciado de manera errónea por el sentenciador de segundo grado, en los numerales 3º y 4º que se transcriben en la propia sentencia, pero específicamente en el cuarto, expresamente las



partes indican que el beneficio de pensión otorgado se mantendrá siempre y cuando el extrabajador no se traslade al régimen de ahorro individual con solidaridad, “en cuyo caso, de acuerdo con la ley, perderá los beneficios consagrados en las normas de transición”.

“Como fácilmente se desprende tanto de la transacción como de la conciliación, la única razón por la cual se reconoció la pensión al demandante fue porque se encontraba cobijado por el régimen de transición, consistiendo el beneficio al que se refieren los dos documentos mencionados, únicamente en anticipar el reconocimiento de la prestación por 5 años, de manera que se hiciera efectivo a partir de los cincuenta y no de los cincuenta y cinco años de edad como legalmente procedía, anticipo éste que de ninguna manera implicaba que la pensión hubiera dejado de tener un origen legal para entrar a considerarse como un beneficio totalmente extralegal, que fue lo que erróneamente y sin soporte jurídico o probatorio de ninguna naturaleza, se concluye en la sentencia atacada”.

“De otro lado, aún en el escenario en que se entendiera que por haberse anticipado cinco años el reconocimiento de la pensión legal de jubilación, ésta debe considerarse como de origen voluntario, la conclusión a la que arribo (sic) el sentenciador en el sentido de que la prestación no tiene tope, resulta igualmente violatoria de las disposiciones discriminadas en el cargo porque eso no es lo que dice el acuerdo conciliatorio. Por el contrario, el acta de conciliación que constituye el único soporte del fallo impugnado, si bien utiliza la expresión de voluntariedad en el reconocimiento, esa expresión no solo está referida exclusivamente al anticipo de la edad, sino que en todo caso el acta se refiere a la pensión de jubilación bajo la concepción legal que tiene esa prestación, es decir que no se concibió una pensión en términos diferentes a la consagrada en el art. 260 del CST, sino que se hizo alusión a ella, por lo que en materia de tope debe estarse al que legalmente se consagra para las pensiones de origen legal”.

“En efecto, en el numeral 30 del acuerdo conciliatorio dice:

“3. La sociedad EXXONMOBIL COLOMBIA S.A., reconoce al extrabajador voluntariamente la pensión de jubilación proporcionalmente al tiempo de servicio, cuando acredite haber cumplido 50 años de edad, la cual cesará una vez el señor PEDRO DUSTANO BEJARANO TOVAR cumpla sesenta años de edad (60), fecha a partir de la cual dicha pensión será compartida



por la sociedad EXXONMOBIL COLOMBIA S.A. y el Instituto de Seguros Sociales (subrayado fuera del texto)”.

“De este texto se deriva no solo que el término “voluntariamente” hace referencia al anticipo de la edad no al origen de la pensión, sino que la expresión “la pensión de jubilación” no tiene un tratamiento diferente al legal porque ni en el numeral transcrito ni en ninguna otra parte de la conciliación se definen términos diferentes para la pensión que es objeto del acuerdo. Nótese que las partes no dicen cuál va a hacer la cuantía de la prestación y no lo dicen porque entienden que ésta es la regulada por el art 260 del CST, entendimiento que incluso es el que tiene el Tribunal de Instancia al ordenar el reajuste de la primera mesada pensional a un monto equivalente al 75% del último salario devengado por el actor. Nos preguntamos, si la pensión de jubilación a la que hizo referencia el acuerdo conciliatorio no era la regulada por el art. 260 del CST, por qué en la demanda se peticiona el reconocimiento del 75% del salario devengado en el último año? De dónde sale ese 75% si el acta no dice que ese sea el porcentaje, así como tampoco señala cual sea la base de cálculo de la pensión? La propia sentencia acusada acoge sin corta prisa –sic- esta pretensión bajo el entendido que “la pensión de jubilación” referida en la conciliación es la del art. 260 del CST”.

“Siendo esto así, es decir, no existiendo discusión en cuanto a que la pensión de jubilación a la que hizo referencia el acuerdo conciliatorio fue la consagrada en el art. 260 del CST, no podía el Tribunal desconocer el principio de inescindibilidad consagrado en el artículo 21 del CST, aplicando respecto de la pensión legal consagrada en la primera disposición nombrada, solamente lo relativo al ingreso base de liquidación y al porcentaje sobre ese IBL como monto de la prestación, pero desconociendo que la pensión consagrada en el citado art. 260 siempre ha estado limitada tanto en su cuantía mínima como en cuantía máxima, para afirmar absolutamente contraria al documento de conciliación en el que baso (sic) su decisión, que la pensión concedida estaba sujeta al tope consagrado legalmente para la pensión de jubilación en el sector privado”.

“Si bien el art. 260 del CST no menciona tope mínimo ni máximo de la pensión, esta disposición debe ser analizada con las que históricamente han regulado este aspecto y a las cuales no se hizo mención alguna en la sentencia que se ataca. En efecto, tal como se expuso en el escrito de contestación a la demanda, desde la ley 4 de 1976 para no hacer una referencia más antigua, se previó que todas las pensiones de vejez o jubilación, invalidez, sobrevivencia, del sector público o del sector privado y con



independencia de la entidad o empleador obligado a su reconocimiento, estarían limitadas tanto en su cuantía mínima como en su monto máximo. Los artículos 1º y 2º de la Ley 4 de 1976 consagraron este límite, límite que si bien fue modificado por la ley 71 de 1988, por la ley 100 de 1993 y últimamente por la ley 797 de 2003, siempre ha estado referido a la misma clase de pensiones, incluyendo lógicamente la pensión de jubilación consagrada en el art. 260 del CST”.

“Así las cosas y demostrado como está, que la pensión de jubilación reconocida al actor fue la consagrada en el art. 260 del CST y que consecuentemente a ella le era aplicable el tope máximo que afecta a esta clase de pensiones, conviene analizar entonces cual era el tope al que estaba sujeta la pensión de la que fue beneficiario el demandante”.

“El acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes y mediante el que se anticipó el reconocimiento de la pensión legal de jubilación, fue suscrito el 2 de diciembre de 2002, luego fue en esta fecha- para la cual el actor contaba con 20 años de servicios a la entidad que represento-, en la que legalmente debe entenderse causado el derecho a la pensión, constituyendo la edad un simple requisito de exigibilidad pero no de causación. Para el 2 de diciembre de 2002 se encontraba vigente en su texto original el art. 18 de la ley 100 de 1992, reglamentado por el artículo 2º del Decreto 314 de 1994, normas que limitaron el monto máximo de las pensiones a 20 SMLM. En estas circunstancias, es indudable que el límite al que estuvo sujeta la pensión de jubilación que se reconoció al actor en desarrollo del régimen de transición, era el consagrado en las normas citadas, esto es, 20 SMLV. En este sentido debe entonces CASARSE TOTALMENTE la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y en su lugar confirmarse la absolución impartida por el fallador de primer grado”.

“Ahora bien, y para efectos del Alcance Subsidiario de la impugnación, aún en el escenario de entenderse que la pensión de jubilación prevista en el art. 260 del CST, se causa no solo por el cumplimiento de los 20 años de servicio, sino por el cumplimiento de la edad, de todas maneras y en el caso bajo estudio debe concluirse que la pensión estaba sujeta a un tope máximo, el consagrado en el art. 5º de la Ley 797 de 2003 y en el artículo 3º del Decreto Reglamentario 510 de 2003, disposiciones que consagraron el límite máximo de las pensiones en cuantía equivalente a 25 SMLV”.



LA RÉPLICA

Estima que el carácter voluntario de la pensión, no solo fue determinado por el Tribunal con base en el acta de conciliación, sino, además teniendo en cuenta la liquidación de la prestación, en el que consta que la misma fue reconocida por mutuo acuerdo de las partes; que a folio 50 del cuaderno principal también aparece la certificación expedida por la demandada, en la que afirma que la pensión es voluntaria; que *“no fue sólo del acta de conciliación de donde el Tribunal Superior dedujo que la pensión reconocida por la demandada al actor había sido una pensión voluntaria. En consecuencia, el cargo debe desestimarse por no haber acusado como indebidamente apreciadas la totalidad de las pruebas que utilizó el Tribunal Superior para obtener la conclusión que dedujo sobre este extremo de la litis”*; que la conciliación de 2 de diciembre de 2002 dice expresamente que la entidad reconoce al ex trabajador voluntariamente la pensión de jubilación proporcional al tiempo de servicios; que el acta de transacción de folio 63 no sirve tampoco para demostrar algo distinto a lo que dedujo el sentenciador, pues



en ella se consignó que la empresa reconocería anticipadamente la pensión de jubilación.

Agrega que el acta de conciliación nada señala acerca de los topes de la pensión voluntaria y aunque indica que la misma sería compartida con la de vejez otorgada por el I.S.S, esta condición no le quita su origen voluntario; que de las pruebas mencionadas por la censura no se desprende que el actor hubiese estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales a partir del 1º de abril de 1994, pues, por el contrario, lo que demuestran dichos medios es que aquél no era afiliado a dicho instituto, sino al fondo privado Skandia al cual se hicieron los respectivos aportes; que, en cuanto al tercer error de hecho endilgado, lo que consta en el acta de conciliación precisamente es que la pensión voluntaria no estaba sometida a tope alguno; que el certificado de existencia y representación legal de la entidad no es una prueba *“que sirva para establecer ni que la prestación jubilatoria hubiera estado a cargo de la empresa hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993, ni que el 1º de abril de 1994 el actor hubiera sido afiliado por la demandada al Instituto de Seguros Sociales”*.



Finalmente, indica que la única razón por la cual la entidad reconoció la prestación fue por haber prestado el actor sus servicios por más de 20 años y por haber terminado la relación laboral por mutuo acuerdo; que los errores segundo y cuarto planteados en el cargo traen apreciaciones jurídicas, extrañas a la vía seleccionada, *“pues saber si la Ley 100 de 1993 estableció o no un tope para las pensiones voluntarias, o saber si el tope de la pensión del artículo 260 del C.S.T. continuó vigente después de la expedición de la Ley 100 de 1993, son asuntos exclusivamente jurídicos que debieron ser propuestos en casación por la vía directa y no por la de los hechos y de las pruebas que escogió la recurrente”*; que, de todas maneras, no es cierto que la Ley 100 de 1993 hubiese impuesto un tope máximo a las pensiones con cargo al empleador, pues se trata de un límite fijado para las cotizaciones del régimen de prima media con prestación definida de la Ley 100 de 1993; que un asunto era la línea máxima de las pensiones y otra la de las cotizaciones o aportes; que *“Los topes máximos de las pensiones directas, y solamente para el sector público, apenas han venido a restablecerse, con efectos que sólo empezarán a producirse en el presente año de 2010, por la Reforma Constitucional contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005”*.



CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Básicamente, el soporte fundamental de la decisión recurrida estribó en que, conforme a los términos del acuerdo conciliatorio a que llegaron las partes, la pensión reconocida por la demandada al actor fue voluntaria y, en tal condición, no le resultaban aplicables los topes máximos establecidos en la ley, por estar éstos previstos únicamente para las pensiones legales.

Realmente, el carácter voluntario de la pensión reconocida por la demandada al actor no admite duda, si se tiene en cuenta que en la referida acta de conciliación (fls. 21 – 22) expresamente se consignó por las partes en el punto tres que *“La sociedad EXXONMOBIL COLOMBIA S. A., reconoce al extrabajador voluntariamente la pensión de jubilación proporcional al tiempo de servicio, cuando acredite haber cumplido 50 años de edad...”* (Subrayas fuera de texto).

La anterior inferencia adquiere aún más certeza, si se tiene en cuenta que, como lo afirma la propia censura, el demandante por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36



de la Ley 100 de 1993, le era aplicable el artículo 260 del C. S. T., que establecía como edad mínima para adquirir el derecho a la pensión 55 años, si se es varón, la que es superior a los 50 años acordados por las partes para comenzar a pagar la prestación, lo que permite nítidamente calificar el derecho como extralegal.

No obstante ser cierta la inferencia del Tribunal de que la pensión de jubilación reconocida al actor con 20 años de servicios y 50 años de edad, era de origen voluntario, resulta palmaria la equivocación del Tribunal al momento establecer las condiciones que voluntariamente establecieron las partes para su reconocimiento.

Efectivamente, aunque en el acuerdo conciliatorio a que llegaron las partes no se señaló con precisión en qué condiciones se concedía la pensión a que se comprometía la empresa a pagar al actor, una vez éste acreditara el cumplimiento de los 50 años de edad, toda vez que en la respectiva acta (fls. 20 – 22) apenas se consignó que se reconocería voluntariamente “*la pensión de jubilación*”, sin especificar su monto, ingreso base de liquidación ni



tope máximo alguno, no queda duda que ésta fue concedida en los mismos términos en que la establece la ley, tal como se desprende del texto del contrato de transacción sobre el mismo asunto celebrado por las partes el 26 de noviembre de 2002 (fl. 63), en donde se especificó claramente que “LA COMPAÑÍA reconoce anticipadamente la pensión de jubilación legal, de manera proporcional al tiempo de servicio, a partir de la fecha en que EL EMPLEADO acredite haber cumplido (50) años de edad...” (Subrayas fuera de texto), de donde no queda duda que, en cuanto a estos aspectos, la intención de las partes fue diferirla a lo dispuesto en la ley.

Si bien es cierto que la referencia hecha por las partes a la ley en el reconocimiento de la pensión, conforme a la actual jurisprudencia de la Sala, no la convierte en legal, también lo es que su remisión a ella permite establecer las condiciones que las partes de manera voluntaria quisieron imponer al derecho en cuestión, específicamente, lo atinente a su monto, forma de liquidación y tope máximo, pues, en lo que tiene que ver con esto último, ninguna salvedad hicieron las partes y de manera general



se refirieron a la pensión legal, lo que quiere decir que el derecho debía reconocerse como si lo fuera.

Es de reiterar, que el monto y límite máximo de la pensión no emerge de la ley en sí, sino de la propia voluntad de las partes que en su libre albedrío, no determinan ellas por sí mismas los alcances y límites de la prestación extralegal que acuerdan, sino que, como en este caso, se limitan a hacer una remisión a la ley respecto a esos términos, sin que ello implique un cambio en su naturaleza voluntaria y, por ende, en el tratamiento legal que de esa condición se derive.

En este punto asiste razón a la censura, cuando afirma:

“De otro lado, aún en el escenario en que se entendiera que por haberse anticipado cinco años el reconocimiento de la pensión legal de jubilación, ésta debe considerarse como de origen voluntario, la conclusión a la que arribo (sic) el sentenciador en el sentido de que la prestación no tiene tope, resulta igualmente violatoria de las disposiciones discriminadas en el cargo porque eso no es lo que dice el acuerdo conciliatorio. Por el contrario, el acta de conciliación que constituye el único soporte del fallo impugnado, si bien utiliza la expresión de voluntariedad en el reconocimiento, esa expresión no solo está referida exclusivamente al anticipo de la edad, sino que en todo caso el acta se refiere a la pensión de jubilación bajo la concepción legal que tiene esa prestación, es decir que no se concibió una pensión en términos diferentes a la consagrada en el art. 260 del CST, sino



que se hizo alusión a ella, por lo que en materia de tope debe estarse al que legalmente se consagra para las pensiones de origen legal”.

Es claro que, aunque el Tribunal aceptó el monto de la pensión del 75% previsto en la ley, consideró que no era procedente el tope máximo de su valor inicial, porque las partes así no lo habían previsto, cuando éstas expresamente se remitieron a la pensión legal para establecer las condiciones en que se concedía, sin hacer ninguna salvedad al respecto diferente a la edad mínima en que se comenzaría a pagar.

Así, para el 24 de enero de 2004, en que el actor cumplió 50 años de edad, se encontraba vigente el artículo 2 del Decreto 314 de 1994, expedido en desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, que establecía como tope máximo de las pensiones del régimen de prima media de prestación definido, veinte salarios mínimos legales mensuales. Límite al cual se encontraba sometida la pensión voluntaria reconocida al actor, por la referencia hecha por las partes a la pensión legal, tal como se señaló en sede casación.



Ahora bien, al 1 de abril de 1994, fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993, según se desprende del registro civil de nacimiento del actor (fl. 24), éste tenía cumplidos 40 años de edad, por lo que resultaba beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de ese mismo ordenamiento, según el cual la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, serían los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraba afiliado.

Conforme al certificado de la Cámara de Comercio (fls. 10 – 17) la demandada es una empresa dedicada a la industria del petróleo, por lo que, con independencia del área, lugar o dependencia en se prestaron los servicios, la afiliación al ISS de sus trabajadores, incluido el demandante, apenas vino a ser forzosa a partir del 1º de octubre de 1993, tal como lo expresó esta Sala en la sentencia del 3 de julio de 2008, radicación 33619, en los siguientes términos:

“Planteadas así las cosas, como primera medida es pertinente precisar que para la época en que laboró el señor Romero Romero y para la data de su muerte, no existía obligatoriedad de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales de los empleadores y trabajadores de la industria del petróleo, pues al ser gradual y



*progresiva la asunción de riesgos por parte de la esa entidad de seguridad social y a la luz de las disposiciones que han reglado la inscripción de los empleadores, queda al descubierto que para los trabajadores del sector del petróleo con independencia del área, lugar o dependencia en que se prestara el servicio, sólo vino a ser forzosa su afiliación a partir del **1° de octubre de 1993** dependiendo de ciertas zonas geográficas, tal como se dejó sentado en la sentencia de casación del 22 de noviembre de 2007 radicado 29571, en la que la Sala puntualizó:*

*“(....) Siendo indiscutible que la asunción de riesgos por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES fue gradual y progresiva, conforme lo previó el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, en los términos de la jurisprudencia antedicha, y que, por consiguiente, **mientras la afiliación no fuera forzosa no podría predicarse ‘omisión’ del empleador en la dicha afiliación**, procede advertir si para el **sector industrial petrolero** la afiliación fue obligatoria y de ser así, desde qué fecha, para llegar a concluir si su ‘omisión’ generó o genera alguna responsabilidad pensional a cargo de la entidad de seguridad social o del mismo empleador frente al sistema.*

Al efecto, basta observar que mediante Decreto 1993 de 24 de octubre de 1967, que aprobó el Acuerdo 257 de 13 de septiembre de ese año, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, se ordenó la inscripción a la entidad para el cubrimiento de los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte, entre otros, de los ‘patronos’ que ‘tienen que inscribirse e inscribir a sus trabajadores’ que cumplieran actividades industriales extractivas del petróleo y sus derivados, la cual se cumpliría ‘en las fechas que determine, por resolución, la Dirección General del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales’, para decirlo en las palabras de la citada disposición.

*El aludido decreto, como lo señala la empresa en su réplica, luego de algunas vicisitudes vino a concretarse en la **Resolución número 4250 de 28 de septiembre de 1993**, por medio de la cual la Presidencia de la entidad de seguridad social resolvió fijar como fecha de iniciación de inscripción en el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios, entre ellos los de Invalidez, Vejez y Muerte, ‘para las personas naturales y jurídicas, de derecho privado y sus contratistas independientes y para los trabajadores de los citados empleadores, que se dediquen a la actividades extractivas de la industria del petróleo y su derivados ...’, el 1° de octubre de 1993, atendiendo ‘las zonas geográficas*



en donde el Instituto haya extendido cobertura y llamado a inscripción’.

Luego, entonces, no es equivocado afirmar que a la luz de las disposiciones que han reglado la inscripción de los empleadores al Instituto de Seguros Sociales y, consecuentemente y no al contrario, como parece entenderlo el recurrente, de **los trabajadores de la industria del petróleo con independencia del área, lugar o dependencia que a éstas prestara sus servicios aquellos**, tal y como brilla al ojo se desprende de los textos en cita, ésta apenas vino a ser forzosa para esa clase de empleadores a partir del 1º de octubre de 1993, dependiendo de ciertas zonas geográficas, con lo cual, no es jurídicamente válida la tesis de que, en tanto, la no afiliación de tales trabajadores constituye una omisión legal y que por ello ese tiempo de ‘no afiliación’ debe computarse como de servicios para efectos de las pensiones previstas en sus reglamentos, pues, se repite, “para ser beneficiario de los derechos emanados de la seguridad es menester ser sujeto de ella, y tal condición se inicia con la afiliación, que obviamente debe sujetarse a la normatividad pertinente”. Por manera que, no existiendo la obligación de afiliación mal puede invocarse una ‘ficción’ de afiliación, que en modo alguno ha considerado el legislador.

En efecto, el literal d) del Parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, introducido a ese cuerpo normativo por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, al que alude en apoyo de su pretensión el actor hoy recurrente, explícitamente señala lo anotado, así: ‘Art. 33.- Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: ... Parágrafo 1º.- Para efectos del cómputo de semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta ... d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador’ (subrayado fuera del texto).

Tampoco es posible, por la misma razón, retrotraer el acto jurídico de afiliación a la seguridad social por el mero hecho de la vinculación laboral, por ser indiscutible que en tanto no se tenga la condición de afiliado no se puede ser sujeto de los derechos que el sistema brinda, tal y como explícitamente lo señalaba el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 cuando rezaba que ‘las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud



de disposiciones anteriores, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haber cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esta fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores', y lo prevén las normas vigentes invocadas por el recurrente, al indicar expresamente que una de las características del actual Sistema General de Pensiones es la de que 'Art. 13.- ... c- los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley'.

Se desprende de lo anterior, que el régimen al cual se encontraba afiliado el trabajador al momento de entrar en vigor la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), era el previsto en el Acuerdo 049 de 1990, pues para esa data ya era afiliado obligatorio del ISS.

No obstante, como para el 1 de octubre de 1993, en que se hizo forzosa la afiliación al ISS, el actor tenía más de 10 años de servicios para la demandada, pues, no se discute, ingresó a laborar para ella el 15 de junio de 1982, le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990, que a la letra dice:

"Compatibilidad de las pensiones legales de Jubilación. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejes y muerte, lleven 10 años o más de servicios continuos o



discontinuos en una misma empresa... ingresarán al seguro obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por la ley para las pensiones plenas o especiales en ella consagradas, podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha pensión de jubilación, pero el patrono continuará cotizando en este seguro hasta cuando el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento, el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.”

Ahora bien, cuando el actor cumplió 55 años de edad, el 24 de enero de 2009, reunió las condiciones para adquirir la pensión legal de jubilación, conforme al artículo 260 del C. S. T., en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por reunir las condiciones allí previstas en cuanto a la edad y tiempo de servios, por lo que para ese derecho de estirpe legal resultaba aplicable el tope máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales, establecido por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, norma vigente a la sazón, ya que, al ser más favorable al pensionado, constituye un derecho mínimo irrenunciable, el cual no se podía ver afectado por el acuerdo voluntario a que habían llegado las partes sobre el monto de la pensión voluntaria.



En los anteriores términos, el cargo es fundado y se casará parcialmente la sentencia recurrida.

Para mejor proveer, se ordena oficiar a la demandada con el fin de que remita con destino al proceso, los pagos efectuados al actor por concepto de pensión de jubilación desde el año 2009 hasta el presente, indicando con precisión su monto mensual.

Sin costas en el recurso extraordinario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia dictada el 27 de mayo de 2009, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del juicio ordinario laboral que le adelanta **PEDRO DUSTANO BEJARANO TOVAR** a la empresa **EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A.**, en cuanto revocó la decisión absolutoria del a quo, para declarar que el monto inicial de la pensión voluntaria reconocida por la demandada al actor corresponde al monto de \$9.685.188, y condenó a la

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Rad. No. 42141

Exxonmobil de Colombia S.A. vs Pedro Dustano Bejarano Tovar

demandada a pagar al actor, indexadas, las diferencias resultantes en las mesadas. Para mejor proveer se ordena oficiar a la demandada, en los términos y con los fines ya señalados en la parte motiva de esta providencia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

JORGE MAURICIO BURGOS RUÍZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Rad. No. 42141
Exxonmobil de Colombia S.A. vs Pedro Dustano Bejarano Tovar

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

LUÍS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

CAMILO TARQUINO GALLEGO

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Rad. No. 42141

Exxonmobil de Colombia S.A. vs Pedro Dustano Bejarano Tovar