República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-004-2016-00090-01. Proceso Ordinario de Horacio Méndez Díaz contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de agosto de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condena a la demandada a la reliquidación de la pensión de vejez en su calidad de trabajador oficial, por haber prestado sus servicios por espacio superior a 20 años, teniendo en cuenta para ello los factores salariales devengados por el demandante en los últimos 10 años de cotizaciones, condenándose al pago de una mesada pensional por la suma de $1.311.179.81, a partir del 1° de junio de 2013, cancelando las diferencias a partir del 2 de febrero de 2015, junto con la indexación de

las condenas impuestas, los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó el demandante, según el cual, laboró al servicio del Hospital Central por espacio de 36 años, efectuando aportes en el RPM, retirándose del servicio de forma definitiva el 1° de febrero de 2015, adquiriendo el estatus de pensionado el 23 de marzo de 2011, siendo beneficiario del régimen de transición, que para el momento en que se retiró del servicio, ya contaba con más de 20 más años de servicios y 55 años de edad, para adquirir el derecho pensional conforme con la Ley 33 de 1985; que se elevó petición para reliquidar el derecho pensional, la que fue desatada mediante resolución GNR 201894 de 2015, en la que se accede a la petición, pero no se incluyen los recargos nocturnos, dominicales y festivos, decisión contra la que se interpuso recurso de apelación, el que fue desatado de forma desfavorable mediante acto administrativo VPB 64721 de 2015.

La aquo absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, bajo el sustento que si bien el actor acreditó los pagos efectuados en su favor por los factores salariales que corresponden a los conceptos denominados como dominicales, festivos y recargos nocturnos, también lo es, que la demandada Colpensiones reconoció el derecho pensional de conformidad con los aportes efectuados por el ex empleador del demandante, por lo que no está en la obligación de reliquidar el derecho pensional respecto de factores que no fueron debidamente reportados, aunado, con que no se vinculó al litigio al Hospital Militar, entidad que debía realizar las cotizaciones respectivas por dichos conceptos.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa al demandante, por lo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

No hubo discusión respecto al reconocimiento del derecho pensional, así como a la aplicación de la Ley 33 de 1985 para la concesión de la prestación, por lo que el problema jurídico a resolver se centra en establecer si es o no procedente la reliquidación del derecho pensional, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados por el trabajador en los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el régimen de transición se encuentra consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el que se dispuso que para dar aplicación a una normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, el afiliado debía acreditar 35 años si es mujer ò 40 años si es varón o quince años de servicios cotizados con anterioridad a la entrada en vigencia del compendio normativo en mención, que lo fue, el 1° de abril de 1994; sin embargo, como ya se dijo, al actor le fue concedida la prestación atendiendo para ello el régimen de transición, esto por cuanto había cotizado más de 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100.

No obstante lo anterior, el mismo artículo 36, materializó las garantías de los afiliados para la aplicación del régimen anterior, por cuanto

salvaguardó lo atinente con edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la prestación, entendiéndose este último, relacionado con la tasa de reemplazo. Ahora bien, frente a la forma en que debe ser liquidado el derecho pensional, estableció que el IBL para determinar lo anterior, debería ser el promedio de lo devengado comprendido entre el tiempo que le hiciere falta para obtener el derecho pensional, siempre que este fuera inferior o el de todo el tiempo, aportes que deberían ser debidamente actualizados con el Índice de Precios al Consumidor.

Aunado a lo anterior, el artículo 21 ibídem[1], fijó el Ingreso Base de Liquidación, manteniendo lo dispuesto en la normatividad anterior y ampliándola, en el sentido de conceder la prestación, con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años de cotización anteriores al reconocimiento del derecho pensional o durante toda la vida laboral, siempre y cuando se hubiere cotizado un número igual o superior a 1250 semanas.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el régimen de transición desde su inicio no dejó echada a su suerte lo atinente a la forma en la que debería concederse el derecho pensional, sino que por el contrario, sólo dejó vigente lo concerniente con la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y la tasa de reemplazo, como ya se indicó, por lo que el cálculo para determinar la mesada pensional, lo concedió de forma exclusiva a la Ley 100 de 1993, la que en efecto fue liquidada por parte de

[1] **ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Colpensiones teniendo en cuenta lo cotizado en los últimos 10 años y el obtenido con las cotizaciones efectuadas durante toda su vida laboral, fundamentos correctamente aplicados por parte de la hoy encartada.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con lo factores salariales con las cuales se debía calcular la mesada pensional, advierte esta Sala de Decisión, que para ello se debe aplicar lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994[2], dentro de los que en efecto se los conceptos de recargos nocturnos, dominicales y festivos, factores que además fueron acreditados por la parte actora en lo atinente con el monto que le fue cancelado para los años 2005 a 2015, tal y como se advierte de la certificación emitida por parte del Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central visible a folios 37 a 44 del plenario.

No obstante, debe indicarse que no es procedente el reconocimiento de la reliquidación peticionada, teniendo en cuenta que como se indicó de forma anterior, Colpensiones procedió con el reconocimiento de la pensión contenida en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta para ello, los aportes reportados y efectuados por parte del empleador del señor Méndez Díaz, sin que sea posible efectuar un pago superior de la mesada

---

[2] **ARTÍCULO 1°.** El artículo 6° del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"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 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;

g) La bonificación por servicios prestados;

pensional por parte de la encartada, teniendo en cuenta unos dineros que no fueron puestos a su disposición mediante los aportes respectivos por parte del Hospital Militar Central, más aún, cuando incluso la administradora de pensiones desconocía la existencia de tales pagos efectuados al trabajador y como quiera que en el presente proceso no se vinculó al empleador para que respondiera por tales conceptos, se hace imposible la reliquidación pretendida.

La anterior postura ha sido objeto de pronunciamiento en reiterada jurisprudencia por parte de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, como en la sentencia con radicado No. 37957

*"**"El artículo 72 del Acuerdo 044 de 1989 aprobado por el Decreto 3063 de 1989, es del siguiente tenor:*

'ART. 72.- Inscripción o reporte inexacto en cuanto a la cuantía del salario. El patrono que no haya informado al Instituto el salario real del trabajador dando lugar a que se le disminuyan las prestaciones económicas que le pudieren corresponder a dicho trabajador o a sus derechohabientes en caso de muerte, deberá cancelar al beneficiario el valor de la diferencia que resulte entre la cuantía liquidada por el Instituto con base en el salario asegurado y la que le hubiere correspondido en caso de haberlo reportado correctamente, sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar'.

"La Corte se ha pronunciado sobre los alcances de esta disposición, y en sentencia de 15 de mayo de 2006, rad. N° 27291, sostuvo:

'El correcto entendimiento de esa norma que es la aplicable a la presente controversia, lleva a considerar que en aquellos eventos en que el patrono efectúe cotizaciones sobre un salario inferior al realmente devengado por el trabajador sin que exista justificación legal –como podría ser el que se perciba un salario superior al máximo que prevean los reglamentos como asegurable– y que dicha conducta genere una disminución en el derecho prestacional del trabajador, es el patrono quien debe asumir las consecuencias que además de

la eventual sanción que podría ser impuesta por el Instituto de Seguros Sociales, las hace consistir la norma en comento de cara a los beneficiarios, en la obligación de cancelar la diferencia en perjuicio, del monto de las prestaciones económicas que les correspondería si el actuar del empleador se hubiere ajustado a la ley.

'Esa lectura de la disposición coincide con el criterio sostenido por la Sala de manera genérica, en relación con las consecuencias para los patronos que incumplen la obligación de afiliar a sus trabajadores a la seguridad social o que coticen por debajo de los salarios que realmente devengan, las que se traducen en la imposición a su cargo de aquellos beneficios que por incumplimiento de las obligaciones del empresario deja de recibir el empleado o su familia por parte de la seguridad social. (...)".

Teniendo en cuenta lo expuesto por parte del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, no queda de otra que absolver de la reliquidación pretendida por el demandante, por lo que se confirmará en su integridad la decisión de primer grado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en primera instancia, dada la absolución efectuada por la falladora de primer grado por dicho concepto, ni en el estudio de las diligencias en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte

considerativa de esta sentencia. **COSTAS.** Sin ellas en primera instancia, ni en el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado