

FERNANDO CASTILLO CADENA
Magistrado ponente

SL024-2018
Radicación n.º 48812
Acta 2

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES** contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 28 de mayo de 2010, dentro del proceso ordinario laboral que en contra del recurrente promovió **DANIEL ARMANDO MORENO GROB.**

En atención al memorial de folios 41 al 42 del cuaderno de la Corte, téngase como sucesor procesal del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy en liquidación, a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**

“COLPENSIONES”, de conformidad con lo previsto en el D.2013 de 2012 Art. 35, en armonía con el CPC Art. 60, aplicable a los procesos laborales y de la seguridad social, por expresa remisión del CPT y SS Art. 145.

I. ANTECEDENTES

El actor demandó al Instituto de Seguros Sociales para que fuera condenado a reliquidarle la pensión de vejez *«teniendo en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada a 27 de enero de 1994, bajo el salario base de \$770.091, por las últimas 100 semanas cotizadas conforme al párrafo 1º del literal b) del título II del artículo 16 del decreto 758 de 1990 en armonía con los artículos 13 y 35 del decreto 758 de 1990, por tanto, la pensión debió ser reconocida por la demandada con el monto de 90% correspondiendo la primera mesada al valor de \$693.082, a partir del 28 de enero de 1994»*; los intereses moratorios sobre las diferencias a que haya lugar; y las costas del proceso.

En lo que estrictamente concierne al recurso extraordinario, el demandante adujo que el I.S.S. mediante Resolución No. 000927 de 1994, le reconoció una pensión de vejez equivalente a \$604.748, partir del 30 de junio de 1994, fecha que fue modificada concediendo la prestación desde el 28 de enero de 1994; que la pensión se debió

otorgar «a) considerando salarios efectivamente asegurados hasta el julio 31 de 1993, por \$665.070, el 1º de agosto al 31 de diciembre de 1993, por \$833.790, y del 1º al 27 de enero de 1994 por \$1.644.810, tope de 20 SMMLV (F. 45), y b) coherente con lo anterior, con el salario base de \$770.091 por las últimas 100 semanas cotizadas»; que el I.S.S. ante la solicitud de revocatoria directa, por medio de Resolución No. 15341 modificó el ingreso base de liquidación de \$604.748 a \$701.638,31 y «no a \$770.091 por las últimas 100 semanas cotizadas», por tanto la adeuda una diferencia pensional; y que agotó la reclamación administrativa.

El Instituto de Seguros Sociales, al responder el libelo, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de prescripción, ilegitimidad del derecho pretendido, falta de causa para demandar, cobro de lo no debido e improcedencia de la «sanción moratoria (Art. 141 ley 100/93)».

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, con sentencia del 28 de abril de 2009, absolvió al instituto convocado al proceso de las cargas de la demanda. Sin costas.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver la apelación interpuesta por el promotor del juicio, el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Descongestión Laboral, mediante fallo del 28 de mayo de 2010, dispuso: (i) declarar parcialmente probada la excepción de prescripción; (ii) adicionar la providencia de primer grado *«en el sentido de declarar que el valor inicial de la pensión de vejez a que tiene derecho el actor asciende a la suma de \$ 877.903 incluyendo el incremento pensional por cónyuge a cargo, sobre la cual deberá aplicarse los incrementos de ley y reconocerse la mesadas adicionales»*; (iii) revocar el numeral primero del fallo apelado y, en su lugar, *«se CONDENA al demandado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a reconocer y pagar al señor DANIEL ARMANDO MORENO GROB la suma de SESENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS VEINTISEIS MIL NOVECIENTOS TRECE (\$ 61.726.913) PESOS M/L por concepto de reajuste pensional causado desde el mes de febrero del año 2003 al mes de abril del año 2010, Así como aquellos que en adelante se llegaren a causar, hasta tanto la demandada no efectuó y pague los reajustes aquí ordenados. Sumas que deberán ser indexadas de conformidad con el IPC certificado por el DANE al momento de su pago. Se confirma este numeral en todo lo demás»*; y iv) revocar el numeral segundo y, en su lugar, condenar en costas en ambas instancia a la parte vencida.

En lo que estrictamente interesa al recurso, el sentenciador de segundo grado, centró su atención en dos temas: a) ingreso base de liquidación de la pensión de vejez; y b) prescripción.

a) Ingreso base de liquidación

Explicó que este es un término que *técnicamente* se refiere al período que se toma para liquidar el monto inicial de las pensiones y por haberse causado la pensión bajo el imperio de la norma anterior, *«lógico resulta que se le aplicase en toda su extensión lo dispuesto en el párrafo 1o de (sic) del Art. 20 del Acuerdo 049 de 1990. En este aspecto no existe discusión alguna»*. Lo que es motivo de inconformidad *«es que no se tomaron los salarios correctos teniendo en cuenta la ampliación de las bases asegurables conforme a los Art. 2o del Acuerdo 048 de 1989 ratificado por el D. 2610 de 1989 y 014 del 6 de julio de 1993»*.

Así, se apartó de las consideraciones expuestas por el juez de primer de grado en cuanto afirma que no existe prueba que pueda comparar el juzgador los guarismos tomados en cuenta por el Seguro, asumiendo que el demandado efectuó correctamente el reajuste pensional a través de la Resolución 15341, por las siguientes razones:

En primer lugar se trataba de efectuar una verificación de los salarios sobre los cuales cotizó el actor en las últimas cien (100) semanas y de los cuales existe evidencia en el plenario (f. 45-46) pruebas estas que fueron acompañadas con la presentación de la demanda y que no fueron tachadas de falsas por la demandada, por el contrario acepta tales documentos como prueba de la variación del salario del demandante.

Por tanto, esa prueba resulta a juicio de la Sala suficiente para entrar a establecer las bases asegurables de que da cuenta el acuerdo 014 de 1993, cual igualmente fue anexado con la presentación de la demanda, publicado en la gaceta oficial y que milita a folio 48 a 51 del expediente.

Y es que no puede perderse de vista que la base de cotización hace referencia al ingreso que se toma como referencia para aplicar el porcentaje de cotización que la ley establece. De manera que lo que ocurre en aquellos casos en el salario rebasa los topes máximos asegurables es que el empleador debe pagar las cotizaciones sobre el monto total del salario, pero la entidad de seguridad social, solo podrá aplicar para efecto de obtener el IBL el salario máximo asegurable conforme a la categoría que corresponda.

En apoyo copió apartes de la sentencia CSJ SL, del 31 de mar. 2009, rad. 31.855.

Enseguida adujo que para establecer el salario mensual base, «*basta con saber el salario sobre los cuales cotizó en las últimas cien semanas y que para el caso que nos ocupa cobijan el período del 27 de febrero del año 1992 al 27 de enero del año 1994, fecha en se hace el retiro del sistema*» y conforme a la historia laboral adosada a folio 45 del expediente, el empleador reportó al I.S.S. los siguientes salarios:

Entre febrero 1o del año 1990 hasta el 31 de diciembre del año 1993, cotizó sobre un salario de \$ 833.790.

Por tanto no se requiere mayores esfuerzos para concluir que desde el mes de febrero del año 1992 hasta el 28 de julio de 1993, conforme a la tabla de categorías y aportes del Instituto de Seguros Sociales que prevé el D. 2610 del 14 de noviembre de 1989, publicado en el diario oficial 39.062 de 1989, el actor de acuerdo al salario devengado \$ 833.790, estaba en la categoría 51 y por tanto su salario base asegurable lo fue la suma de \$ 665.070.

A partir del 1o de agosto y hasta diciembre del año 1992, por haberse adicionado la tabla a que alude el acuerdo 048 de 1969, aprobado por el D. 2610 del año 1989, sin haber variado el salario base de cotización, el salario base asegurable era la suma de \$ 833.790 que corresponde a la categoría 55.

Como hubo una variación en el monto del salario a partir del 1o de enero del año 1994 que lo fue en la suma de \$ 1.878.092, al remitirnos a la tabla que dispone el Acuerdo en mención, corresponde a la categoría 69 y por tanto el salario base asegurable era la suma de \$ 1.644.810.

Por tanto si se suman los salarios base asegurable cotizada en esas últimas cien semanas, efectivamente se obtiene un guarismo de \$ 17.785.020. Al tomar la centésima parte de esa suma y multiplicarla por el factor 4.33 que es lo que marca el parágrafo 1o del Art. 20 del Acuerdo 049 de 1990, 758 del mismo año, se obtiene un salario base de cotización de \$ 770.091 que es la suma que de manera insistente ha venido reclamando el actor.

Surge por consiguiente una diferencia en relación con lo reconocido por el demandado en la resolución 1531 del año 2007, que pregona un IBL de \$ 701.638.31 que asciende a la suma de \$ 68.452 que deberá ser integrado a la base pensional inicial.

b) Sobre la prescripción

Aseveró que la prescripción en materia laboral, es un modo de extinguir las obligaciones cuando por *incuria* del trabajador no recaba de su empleador, dentro del término legal, la satisfacción de sus créditos laborales, plenamente causados.

Para el Tribunal el demandante *«hace el reclamo administrativo inicialmente el día 5 de julio del año 2005, por lo que con ello interrumpió la prescripción de los derechos. Así el nuevo termino prescriptivo se reanudó el 5 de agosto del mismo año y a partir de esta última calenda bien pudo tuvo tres años para entablar la respectiva demanda, si la entidad no daba respuesta a su solicitud, pues nada se lo impedía. No obstante la demanda solo fue introducida al proceso el 16 de octubre del año 2008 por lo que cabe decir en principio que aquellas mesadas anteriores al 5 de julio del año 2002, se encontraban prescritas»*.

Aunado a lo anterior, dijo, que posteriormente el demandante, presentó varias reclamaciones en igual sentido, *«entre ellas las adosadas a folio 19, 20-23 que data de febrero del año 2006 y una última que fue presentada el 17 de octubre del año 2006 (f 25-35), hecho que fue aceptado por el demandado al contestar el hecho 9 del libelo. Así las cosas habiendo presentado nuevamente la solicitud de reajuste de la pensión el día 23 de enero del año 2006, fuera de otras que se hicieron posteriormente, no cabe duda a la*

Sala que es esta la que ha de tomarse para efectos de contabilizar el termino (sic) de la prescripción».

En sentir del cuerpo colegiado con ello interrumpió la prescripción de los derechos, y «*así el nuevo termino prescriptivo se reanudó el 23 de febrero del mismo año y a partir de esta última calenda bien pudo (sic) tuvo tres años para entablar la respectiva demanda que vencían el 23 de febrero del año 2009. Como quiera que la misma, como antes se dijo se interpuso el 16 de octubre del año 2008, lo que a las claras nos indica que solo había lugar al reconocimiento de las mesadas causadas con posterioridad al 23 de febrero del año 2003*». Soportó su conclusión en la sentencia CSJ SL, del 19 de oct. 2006, rad. 27.365.

Sin embargo, sostuvo, que no puede pasarse por alto que la demandada reconoció un reajuste «*a partir del mes de octubre del año 2002, lo que no por ello la Sala está en la obligación de persistir en el mismo error, lo que conduce a que los reajustes aquí ordenados lo sean solo a partir del mes de febrero del año 2003 en adelante*».

Por último, en cuanto a la solicitud de condena por intereses moratorios, afirmó que tal y como lo tiene decantado la jurisprudencia solo proceden «*frente al retardo injustificado en el pago de las pensiones, pero no ante simples reajustes, como seria (sic) el caso que no (sic) ocupa, tal y como lo sentenciará la Sala de Casación Laboral en sentencias Rad. 32.355 del 2 de junio del año 2009 e iterado*

en sentencia Rad. 33.124 de julio 7 y Rad. 36.536 del 4 de agosto del año 2009».

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el Instituto de Seguros Sociales y concedido por el Tribunal, fue admitido por la Corte. Pide la casación del pronunciamiento impugnado, para que, en sede de instancia, *«confirme íntegramente el fallo del Juzgado».*

Con fundamento en la causal primera de casación, formula cuatro cargos que tuvieron réplica, y que por razón de metodología se estudiaran conjuntamente.

V. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia recurrida por ser violatoria de la ley sustancial por vía directa en la modalidad de aplicación indebida de los *«artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, VIOLACIÓN DE MEDIO que condujo a la APLICACIÓN INDEBIDA de los artículos 2o y 4o del Acuerdo 048 de 1989, aprobado mediante el Decreto 2610 del mismo año, 12, 20, 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado a través del Decreto 758 del mismo año, y todo el Acuerdo 014 de 1993».*

VI. CARGO SEGUNDO

Ataca la decisión acusada por violar directamente, por aplicación indebida, *«de los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 2o y 4o del Acuerdo 048 de 1989, aprobado mediante el Decreto 2610 del mismo año, 12, 20, 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado a través del Decreto 758 del mismo año, y todo el Acuerdo 014 de 1993».*

VII. CARGO TERCERO

Controvierte el fallo porque violó directamente, por interpretación errónea, *«los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, lo cual condujo a la APLICACIÓN INDEBIDA de los artículos 2o y 4o del Acuerdo 048 de 1989, aprobado mediante el Decreto 2610 del mismo año, 12, 20, 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado a través del Decreto 758 del mismo año, y todo el Acuerdo 014 de 1993».*

VIII. CARGO CUARTO

Acusa la providencia por vía directa, en la modalidad de interpretación errónea de *«los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, VIOLACIÓN DE MEDIO que condujo a la APLICACIÓN INDEBIDA de los artículos 2o y 4o del Acuerdo 048 de 1989, aprobado mediante el Decreto*

2610 del mismo año, 12, 20, 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado a través del Decreto 758 del mismo año, y todo el Acuerdo 014 de 1993».

IX. DEMOSTRACIÓN DE LOS ATAQUES

Los argumentos expuestos en los diferentes cargos son **rigurosamente iguales**, y siendo ello así, resulta inane transcribirlos en cada uno de los ataques, por lo que la Sala destaca los siguientes, se itera, comunes a los mismos.

Como primera medida el recurrente advierte que «*en aras de la discusión partamos de la base, como lo hizo el Tribunal, de que el Seguro Social liquidó incorrectamente la pensión de vejez del actor. Lo que es inaceptable desde el punto de vista jurídico es que éste le reclame al I.S.S. dicha situación más de tres años después de haberse reiniciado el término de prescripción*».

Asevera que como está por fuera de todo debate que el demandante presentó un derecho de petición ante el Seguro Social el 5 de julio de 2005, «*interrumpiendo el término de prescripción en ese momento, que, de acuerdo con el Tribunal, situación que, repetimos, no discutimos, dicho término se reinició el 5 de agosto de 2005, que después se radicaron otros derechos de petición (en el 2005, en el 2006, etc.), y que la demanda se radicó el 16 de octubre de 2008, es indiscutible, situación estrictamente jurídica, que el presunto derecho al reajuste pensional prescribió*».

Enseguida enfatiza que *«prescribió porque de acuerdo con los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el término prescriptivo sólo puede interrumpirse una vez, independientemente de si, como en este caso, se radican múltiples reclamaciones escritas. Así lo ha entendido la propia Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, a través de la sentencia del 8 de febrero de 1973, cuando expresó respecto de la interpretación del artículo 151 del hoy denominado como Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social».*

Por último, aduce que *«por analogía jurisprudencial, en aras de garantizar el derecho constitucional fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, por existir las mismas razones de hecho y de derecho, este caso debe resolverse con base en la tesis que acogió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 15 de julio de 2003 a través de la sentencia con el número de radicación 19.557, ratificada, entre otras, el 7 de julio de 2005, radicación número 25.344 y el 26 de julio de 2007, radicación número 28.968».*

X. RÉPLICA

Acota, en esencia, que *«la censura no muestra una prueba específica que acredite que el promedio hallado en el fallo de instancia no parte de lo cotizado por el demandado y menos que su quantum es inferior, notoriamente el discurso*

es netamente jurídico y no fáctico y no hay referencia a un medio de convicción específico que avale tal conclusión».

XI. CONSIDERACIONES

Entiende la Corte que la disconformidad del instituto recurrente con el acto jurisdiccional controvertido estriba, en estrictez, en que la acción tendiente a la reliquidación del IBL, está afectada por el fenómeno de la prescripción.

Pues bien, debe recordarse que la Corte que en sentencia CSJ SL 8544-2016, del 15 de jun. 2016, rad. 45050, consideró que así como no prescribe el derecho a la pensión, tampoco el de la reclamación del ingreso base de liquidación y de la reliquidación por inclusión o exclusión de los factores salariales de dicha base, es decir, que cambió su línea de pensamiento.

La Corporación explicó:

(...) la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habilita a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho.

Aunque podría sostenerse que al prescribir los derechos crediticios que emanan de las relaciones de trabajo, éstos desaparecen del mundo jurídico y, por ello, no pueden ser tenidos en cuenta para otros efectos legales, incluidos los pensionales; tal tesis presenta el serio inconveniente de no distinguir y ofrecer un tratamiento particular a dos cuestiones que son bien diferentes: (i) el salario como retribución directa del servicio en el marco de una relación de trabajo, y (ii) el salario como elemento o factor establecido por la ley para la liquidación de las pensiones.

[...]

(1º) *La jurisprudencia de la Corte, desde hace muchos años, ha asegurado que la pensión genera un arquetípico estado jurídico en las personas: el de jubilado o pensionado, que da derecho a percibir de por vida, una suma mensual de dinero. En esa línea, no puede ser objeto de prescripción, dado que este fenómeno afecta los derechos, más no los estados jurídicos de los sujetos. Al respecto, en sentencia CSJ SL, 9 feb. 1996, rad. 8188, se expresó (...)*

(2º) *El estado jurídico de pensionado o jubilado implica el derecho a percibir mensualmente una renta, producto del ahorro forzoso, del trabajo realizado en vida o de cuando se tenía plena capacidad para laborar. De ahí, el carácter vitalicio del derecho, inextinguible por prescripción, y la connotación de tracto sucesivo de las prestaciones autónomas que de él emanan; todo lo cual significa que, si bien es imprescriptible el derecho a la pensión o, si se quiere, el estado de pensionado, sí son esencialmente prescriptibles sus manifestaciones patrimoniales, representadas en las mesadas pensionales o en las diferencias exigibles.*

[...]

3º) *La postura jurisprudencial que hoy nuevamente se retoma tiene la bondad de superar una situación de desigualdad procesal en el tratamiento que la jurisdicción ordinaria laboral y la contenciosa administrativa le venía ofreciendo a las personas que solicitaban la revisión de sus pensiones por defectos o incorrecciones en su liquidación.*

En efecto, mientras que una persona puede solicitar ante la jurisdicción contenciosa administrativa la revisión en cualquier tiempo de los actos administrativos «que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas» (lit. c), num. 1º del art. 164 del CPACA), como las pensionales, en la jurisdicción laboral, para que su petición de reajuste pensional por inclusión de factores salariales prospere, tiene que presentar su demanda con arreglo a las reglas generales de prescripción. De manera que, una vez transcurrido el término trienal, va a obtener una respuesta diferente dependiendo de la jurisdicción en que presente su demanda, no obstante que en el fondo se encuentra un mismo problema: el derecho o no al reajuste de una pensión cuantificada incorrectamente por omisión de factores salariales.

Con lo anterior no se quiere significar que no puedan presentarse diferencias en los criterios de ambas jurisdicciones, pues, en virtud de la autonomía e independencia que la Constitución les otorga a los jueces en la interpretación de la ley, pueden darse y de hecho se presentan disparidades de pensamientos jurídicos, que son válidas. Lo que se quiere decir es que la tesis que se adopta, producto de una interpretación conforme con el postulado de la irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, indisponibilidad e indivisibilidad del derecho subjetivo a la pensión y del estado jurídico que genera, tiene unas consecuencias o corolarios positivos de cara a la idea del derecho de que las decisiones de los distintos órganos judiciales sean armónicas.

4º) Por último, debe subrayarse que la postura de la Sala, antes que atentar contra el principio de la seguridad jurídica, termina afianzándolo, puesto que las condiciones de seguridad y certeza en el derecho existen cuando las normas jurídicas se interpretan y aplican correctamente, en aras de que sean consistentes con las demás disposiciones e instituciones y compatibles con los valores del ordenamiento jurídico en general.

Así las cosas, como el debate del asunto bajo escrutinio radicó en que el Instituto de Seguros Sociales no tuvo en cuenta el real ingreso base de liquidación (IBL) por desconocer el verdadero ingreso base de cotización (IBC) las razones expuestas son totalmente pertinentes para dar respuesta a los cargos. Ahora bien, en cuanto que se puede presentar más de una reclamación administrativa, dado que la prestación es de tracto sucesivo, se puede acudir a lo dispuesto en la sentencia CSJ SL, 8 nov. 2011, rad. 49519. Por todo lo anterior no salen victoriosos los ataques.

Las costas en el recurso extraordinario correrán a cargo del recurrente por cuanto hubo réplica, en ellas se fijará la suma de \$7.500.000 como agencias en derecho, que el juez de primera instancia tendrá en cuenta al hacer la liquidación de las mismas, según lo dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

XII. 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, **NO CASA** la sentencia del 28 de mayo de 2010, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **DANIEL ARMANDO MORENO GROB** en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES**.

Costas como se indicó.

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

FERNANDO CASTILLO CADENA

Presidente de Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN