

Radicación n.º 57335

ERNESTO FORERO VARGAS

Magistrado ponente

SL1640-2018

Radicación n.º 57335

Acta 13

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por JOSÉ ALBERTO ZAPATA CARDONA, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 31 de mayo de 2011, en el proceso ordinario laboral que instauró el recurrente contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y la sociedad SEGURIDAD RECORD DE COLOMBIA LIMITADA –SEGURCOL LTDA-.

#### I. ANTECEDENTES

José Alberto Zapata Cardona llamó a juicio al Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y a la sociedad Seguridad Record de Colombia Limitada –Segurcol Ltda-, con el fin de que se condenen a reconocer y pagar el mayor valor de la pensión de vejez a que tiene derecho, teniendo en cuenta el valor real del salario devengado, reliquidando dicha prestación reconocida por el ISS desde el 1º de octubre de 2002, a los intereses moratorios por el reajuste causado, ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que laboró al servicio de varios empleadores por espacio 38 años, entre ellos para Segurcol Ltda., entre el 29 de agosto de 1981 y el 28 de diciembre de 2002; que durante toda su vida laboral estuvo afiliado y aportando en pensiones al ISS, acumulando más de 1900 semanas cotizadas; y que esa entidad mediante Resolución 014950 del 25 de octubre de 2002, le concedió pensión de vejez a partir del 1º de octubre del mismo año, en cuantía del \$309.000.

Señaló que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por tanto, tiene derecho a que su pensión de vejez sea liquidada con una tasa de reemplazo del 90% sobre el IBL; que el ISS le reconoció la pensión con base en 1603 semanas de cotización y un IBL de \$305.472, según Resolución 014950 del 25 de octubre de 2002; que el afiliado devengó entre el 1º de abril de 1994 y el 4 de marzo de 2002, un salario promedio aproximadamente de \$600.000, y en ese sentido al aplicarle a este una tasa de reemplazo del 90%, arrojaría un total de \$550.000.

Agregó que presuntamente la empleadora no cotizó al sistema general de pensiones sobre el salario realmente devengado siendo esa una obligación legal, afectando el monto de su pensión de vejez; que él tiene derecho a reclamar el mayor valor dejado de pagar en su prestación a través de una reliquidación; y que mediante comunicación del 11 de octubre de 2005 solicitó al ISS dicha reliquidación teniendo en cuenta el salario realmente

devengado, pero que no recibió respuesta de ésta configurándose el silencio administrativo negativo.

Al dar respuesta a la demanda, el Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones, expresando que en caso de que prosperen las pretensiones, la entidad reconocerá el mayor valor, siempre y cuando la sociedad Seguridad Record de Colombia Limitada –Segurcol Ltda-, se ponga al día con los valores correspondientes de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1406 de 1999.

Frente a los hechos, manifestó que eran ciertos la expedición de la Resolución 014950 de 2002, el monto de la pensión, que se tuvieron en cuenta 1603 semanas, y el IBL que se tomó, en cuanto los demás dijo no constarle pero que los aceptaba si así se demostraban con las pruebas obrantes en el expediente.

En su defensa propuso como excepciones ausencia de causa para pedir o petición en abstracto, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y compensación.

Al dar respuesta a la demanda, la sociedad Seguridad Record de Colombia Limitada –Segurcol Ltda-, se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, manifestó que no le consta el tiempo de servicio a otras empleadoras; que era cierta la vinculación laboral con esa compañía y la duración de la misma, la afiliación al ISS, la expedición de la Resolución 014950 del 25 de octubre de 2002 donde se reconoció una pensión de vejez, en el monto, IBL y fecha que el demandante informó.

Indicó que no era cierto que el accionante devengara un salario promedio de \$600.000, pues su ingreso equivalía a un salario mínimo legal mensual vigente para cada año respectivamente, siendo en algunas veces variable por los recargos de ley; que siempre cotizó con base en el salario percibido; que el derecho a la reliquidación se encuentra extinto por no haberse hecho uso del mismo en el tiempo que otorga la norma, es decir dejó transcurrir más de 3 años para solicitar la misma.

En su defensa propuso como excepciones la de prescripción, obligación exclusiva del tercero que asume el derecho de prestación económica de vejez e inexistencia de pago en mora por buena fe.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 16 de abril de 2010 (f.º 219-226), resolvió declarar probada la excepción de prescripción, propuesta por las codemandadas, en consecuencia, absolvió al Instituto de Seguros Sociales y a la sociedad Seguridad Record de Colombia Limitada –Segurcol Ltda-, de las pretensiones incoadas en su contra por el señor José Alberto Zapata Cardona, a quien condenó en costas.

## III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, mediante fallo del 31 de mayo de 2011, decidió confirmar la sentencia impugnada y lo condenó en costas.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal señaló como supuestos fácticos probados en juicio: i) la calidad de pensionado del actor, según Resolución 014950 de

2002 donde se reconoció prestación por vejez; ii) que su último empleador fue Segurcol Ltda; y iii) que la vinculación laboral perduró entre el 29 de agosto de 1981 y el 28 de diciembre de 2002.

Señaló que el problema jurídico consistía en determinar si procedía la solicitud del reajuste del ingreso base de cotización en cualquier tiempo, y de ser así, si era procedente la reliquidación de la pensión de vejez con base en el reajuste del IBL calculado sobre los salarios realmente devengados por él.

Inició advirtiéndole que a la parte demandante le corresponde demostrar los supuestos fácticos en los cuales funda sus pretensiones y a la contraparte los hechos en que cimienta sus excepciones, conforme los artículos 177 del CPC y 1757 del CC.

Consideró como fundamento de su decisión, que la pretensión del actor estaba orientada a lograr el reajuste del ingreso base de cotización con fundamento en los salarios realmente devengados. Que, para establecer la procedencia del mismo, al demandante le basta afirmar que su empleador no cotizó sobre la remuneración recibida mensualmente por él, y que la parte demandada debía probar que sí realizó los aportes correctamente, pero además tenía la posibilidad de formular medios exceptivos para exonerarse de la obligación, como efectivamente lo hizo al proponer la prescripción de la acción.

Recalcó que el demandante confunde el derecho a la reliquidación de la pensión con el reajuste del ingreso base de cotización, pues bien, en cuanto al primero, jurisprudencialmente se ha definido que el estatus de pensionado no prescribe dada su naturaleza de prestación social, por ser de tracto sucesivo y tener un carácter vitalicio, sin embargo, si prescriben las mesadas pensionales causadas y no reclamadas, dentro de los tres años siguientes, por consiguiente la reliquidación de la prestación tampoco prescribe por ser connatural a la pensión, operando este fenómeno de la misma manera; y frente al segundo, no ocurre lo mismo, es decir, con los elementos que conforman la base salarial, por tener carácter de derecho laboral y estar gobernados por el artículo 488 del CST y por el artículo 151 del CPTSS, es decir, si prescriben, lo cual apoyo en sentencia CSJ SL, 25 en. 2011, rad. 40008 que reitero la sentencia CSJ SL, 15 jul. 2003, rad. 19557.

Indicó que, aceptando que el demandante laboró para Segurcol Ltda, hasta el 28 de diciembre de 2002, y que tan solo exigió a la empleadora el reajuste de la base salarial, con la presente demanda, interpuesta el 31 de enero de 2006, notificada el 21 de marzo del mismo año, se evidenciaba que se había dejado transcurrir más de 3 años, contados desde la fecha en que terminó la relación laboral hasta la interrupción de la prescripción, motivo por el cual operó dicho fenómeno, razón por la cual concluyó que al no existir derecho al reajuste de la base salarial, no era posible realizarle reclamo al ISS, y por ende confirmó la decisión del a quo.

#### IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por José Alberto Zapata Cardona, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

#### V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte case la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, revoque en su integridad la de primer grado, y en su lugar acceda a las pretensiones de la demanda. Se provea en costas.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, el cual fue replicado oportunamente por el Instituto de Seguros Sociales.

VI.

#### CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia impugnada por violación directa en la modalidad de interpretación errónea del artículo 151 del CPTSS; artículo 488 del CST; en armonía con los artículos 12, 20, 21 y 50 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año; artículos 35, 50, 141 y 142 de la Ley 100 de 1993; artículos 48 y 53 de la CN.

En la demostración del cargo explica que la modalidad de violación es la interpretación errónea, porque el Tribunal basó su decisión en un criterio jurisprudencial. Agrega que se le dio un alcance restringido a las normas que gobiernan la prescripción, ya que en el caso bajo estudio dicho fenómeno no ocurrió.

Trae a colación el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y en ese sentido el reajuste es anexo a la pensión, por tanto, es entendible que se encuentren prescritas unas sumas de las diferencias pensionales no reclamadas, pero no lo ésta el derecho que tiene a que la base se le ajuste con los aportes que el empleador dejó de realizar.

Indica que es injusto e inequitativo que el trabajador tercero en la relación pago de aportes y cobro, resulte perjudicado con el proceder de su empleador de no cotizar sobre la base que legalmente le corresponde; que puede y suele suceder que el empleado viene a enterarse que no le aportaron al sistema de seguridad social en pensiones sobre los salarios que realmente devengaba cuando adquiere el derecho, resultando castigado por una omisión que cometió su patrono y que se salía de sus manos. Agrega que la sentencia CSJ SL, 15 jul. 2003, rad. 19557 que le sirvió de apoyo para declarar prescripto el derecho, no es aplicable por ser casos totalmente distintos.

Aduce que la tesis que más se acompasa con el garantismo que debe tener el trabajador y el afiliado del sistema de la seguridad social, es que en estos eventos existe prescripción sólo de las mesadas pensionales insolutas que el demandante no ha recibido, bien que las cancele el empleador ora la entidad que reconoce la prestación, pero no del derecho como tal.

Para sostener que el derecho pretendido no prescribe cita las sentencias CSJ SL, 19 may. 2005, rad. 23120, CSJ SL, 5 dic. 2006, rad. 28552, CSJ SL, 27 mar. 2007, rad. 30127 y CSJ SL, 24 feb. 2009, rad. 33381.

VII.

#### RÉPLICA

Señala la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- que el censor se limita a identificar el problema, pero no indica cual debe ser la solución, razón por la cual carece de técnica, pues no estableció cual fue la errada interpretación en que incurrió el Tribunal y cuál fue la postura que dentro del marco legal y jurisprudencial debió asumir. Expone que no se atacaron todos los argumentos del colegido, pues su decisión no sólo se soportó en criterio jurisprudencial, sino que también lo hizo en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, al considerar que los pedimentos de la demanda estaban orientados a una reliquidación de la pensión de vejez con unos elementos que conforman la base salarial para la liquidación, al no ser reclamados dentro de los 3 años siguientes a su estatus de pensionado.

Acota que en el presente caso se pretende un crédito no satisfecho, que en su momento no reclamó el actor ante el ISS y ahora como bien lo consideró el ad quem se encuentra prescrito, sin que pueda esgrimirse razones de garantismo en beneficio del trabajador afiliado al sistema de seguridad social, dado que son fundamentos que no aplican al caso porque existen normas que regulan el asunto y aquí se está ante una prescripción de los derechos por inacción del interesado.

/III.

### CONSIDERACIONES

El Tribunal fundamentó su decisión en que los elementos que conforman la base salarial prescriben, ya que al ser constitutivos del salario tienen carácter de derecho laboral, y se encuentra gobernados por la prescripción de que trata los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, tal y como se determinó en sentencia CSJ SL, 15 jul. 2003, rad. 19557 reiterada en CSJ SL, 25 en. 2011, rad. 40008.

La censura radica su inconformidad en que el Tribunal le dio un alcance restrictivo a las normas que gobiernan la prescripción, pues en este caso ese fenómeno no ocurrió. Argumenta que si lo accesorio sigue la suerte de lo principal, el reajuste que se pretende es anexo a la pensión y siendo ello así, no puede correr diferente suerte frente a la prescripción. Agrega que es injusto e inequitativo que el trabajador resulte afectado por una omisión en que incurrió el empleador en relación con la obligación del pago de aportes y cobro del ISS.

Así las cosas, corresponde a esta Sala determinar si el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 151 CPTSS y 488 del CST, al establecer que los conceptos que constituyen la base de cotización para liquidar los aportes a pensión, son de carácter salarial y en ese sentido prescriben por el transcurrir de tres años sin reclamarlos, y de ser así, establecer si el demandante le asiste derecho a la reliquidación de su pensión de vejez.

Previo a resolver, la Corte pone de presente los siguientes supuestos fácticos no discutidos, que se mantienen incólumes dada la senda escogida: i) que el último empleador del demandante fue Segurcol Ltda.; ii) que dicha vinculación laboral perduró entre el 29 de agosto de 1981 y el 28 de diciembre de 2002; y iii) que el ISS mediante Resolución 014950 de 2002 le reconoció pensión de vejez, a partir del 1 de noviembre del mismo año, en cuantía de un salario mínimo mensuales legal vigente, con base en 1603 semanas cotizadas y un IBL de \$305.472.

Empieza la Sala por recordar que efectivamente mediante sentencia CSJ SL, 15 jul. 2003, rad. 19557, se fijó el criterio jurisprudencial, según el cual las acciones encaminadas al reajuste de las pensiones por inclusión de factores salariales, son susceptibles de verse afectadas por el fenómeno de la prescripción extintiva, de conformidad con los arts. 151 del CPTSS y 488 del CST. La anterior tesis se sustentó en que la prescripción de los derechos crediticios emanados de una relación de trabajo, implicaba la imposibilidad de considerarlos para cualquier efecto jurídico, incluido la reliquidación de las pensiones, dado que «lo lógico y legal es que al producirse la prescripción de la acción personal del trabajador respecto de acreencias laborales o de algunas de ellas, los derechos que ellas comportan se extingan».

Sin embargo, al revisar nuevamente el tema objeto de debate, el anterior criterio jurisprudencial varió, para en su lugar establecer la imprescriptibilidad del derecho al reajuste pensonal por inclusión de nuevos factores salariales. Pues de acuerdo con el

artículo 48 de la CN la seguridad social es un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, es decir que es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción y, que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades. Así quedó plasmado en sentencia CSJ SL8544-2016 reiterada entre otras en las CSJ SL17544-2017 y CSJSL024-2018:

En este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.

Por esto, 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.

En la primera hipótesis, es claro que el salario constituye un derecho crediticio sujeto a las reglas generales de prescripción previstas en los arts. 151 del C.P.T., 488 del C.S.T. y 41 del D. 3135/1968; en la segunda, el salario se redimensiona y adquiere otra calidad, pues deja de ser un derecho patrimonial y se convierte en un elemento jurídico esencial de la pensión.

Naturalmente, esta reconsideración del salario como elemento jurídico consustancial de la pensión, apareja su imprescriptibilidad, pues ya deja de ser un referente aislado para integrarse en la estructura de la prestación pensional y formar con ella un todo indisoluble.

Por lo demás, esta visión del salario y su papel en la consolidación de la pensión, empalma perfectamente con el pensamiento de la Sala en el sentido que los elementos consustanciales a la prestación pensional no prescriben y, por este motivo, pueden ser revisados judicialmente en cualquier momento. Así, se ha dicho jurisprudencialmente que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL y la actualización de la pensión, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL, 19 may. 2005, rad. 23120; CSJ SL, 5 dic. 2006, rad. 28552; CSJ SL, 22 ene. 2013, rad. 40993; CSJ SL6154-2015).

En este orden de cosas, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, tampoco deben serlo los

factores salariales, pues tanto unos como otros son elementos estructurales y definitorios de la prestación, por manera que, en la actualidad no existe un principio de razón suficiente para seguir sosteniendo la prescriptibilidad del reajuste por inclusión de nuevos factores salariales.

Adicional a esta crítica y a la consideración de la imprescriptibilidad de la acción de revisión pensional por inclusión de factores salariales, esgrimida con apego en el carácter inalienable del derecho fundamental a la pensión, salen en defensa de la tesis que hoy acoge la Sala, los siguientes argumentos:

(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:

De los "hechos" que fundamentan la pretensión que se hace valer en juicio sólo cabe predicar su existencia o inexistencia, lo cual sucede también con los "estados jurídicos" cuya declaratoria judicial se demande - como los que emanan del estado civil de las personas, respecto de los cuales adicionalmente se puede afirmar que se han extinguido.

La jurisprudencia ha dicho que la pensión de jubilación genera un verdadero estado jurídico, el de jubilado, que le da a la persona el derecho a disfrutar de por vida de una determinada suma mensual de dinero. Por eso ha declarado la imprescriptibilidad del derecho a la pensión de jubilación y por ello la acción que se dirija a reclamar esa prestación puede intentarse en cualquier tiempo, mientras no se extinga la condición de pensionado, que puede suceder por causa de la muerte de su beneficiario. "Del estado de jubilado se puede predicar su extinción, más no su prescripción", dijo la Corte (Cas., 18 de diciembre de 1954). También la ley tiene establecido que la prescripción es un medio de extinguir los derechos, con lo cual los efectos de ese medio extintivo de las obligaciones no comprende los estados jurídicos, como el de pensionado.

[...] La posibilidad de demandar en cualquier tiempo está jurídicamente permitida por ser consustancial al derecho subjetivo público de acción. La prescripción extintiva por tanto, no excluye tal derecho porque dentro de ella, dentro del proceso y presuponiendo su existencia, le permite al juez declarar el derecho y adicionalmente declarar que se ha extinguido - como obligación civil, más no natural - por no haberse ejercido durante cierto tiempo.

Es claro, en consecuencia, que cualquier persona en ejercicio de la acción - entendida como derecho subjetivo público - puede demandar en cualquier tiempo que se declare judicialmente la existencia de un derecho que crea tener en su favor. El derecho público también se manifiesta en el ejercicio del derecho de excepcionar.

En este orden de ideas, las personas tienen derecho a que en todo momento se declare su status de pensionado y se defina el valor real de su pensión, teniendo en cuenta que este último aspecto es una propiedad indisoluble de la calidad que les otorga el ordenamiento jurídico.

(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.

Al respecto, vale la pena recordar y reivindicar los argumentos expuestos por esta Corporación en sentencia CSJ SL, 26 may. 1986, rad. 0052:

Ahora bien, respecto al fondo del asunto se observa que conforme lo ha definido la jurisprudencia, la pensión de jubilación por ser una prestación social de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, no prescribe en cuanto al derecho en sí mismo, sino en lo atinente a las mesadas dejadas de cobrar por espacio de tres años, y, además, trae aparejada una situación jurídica regulada por la ley que, entre otras cosas, incluye los reajustes económicos de tal derecho. Estos reajustes como integrantes del status pensional son consustanciales a él y, por ende, no prescriben en cuanto tales, sino en tanto afectan la cuantía de determinadas mesadas. De suerte que la potencialidad del reajuste legal no desaparece por prescripción con arreglo a los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal Laboral, sino que se extingue la incidencia que el ajuste pudo haber tenido en ciertas mensualidades que se percibieron sin que el acreedor hubiera objetado su cuantía durante el término prescriptivo de tres años. Así, en la práctica, el reajuste dispuesto por la Ley 10 de 1972 tiene incidencia en las mesadas del 1º de enero de 1975 en adelante y, si como ocurrió en este caso sólo vino a reclamarse acerca de tal reajuste el 19 de octubre de 1981, es claro que la incidencia del reajuste prescribió hasta el 19 de octubre de 1978, pero de ahí en adelante tiene toda su eficacia ya que integra la situación legal del jubilado.

La imprescriptibilidad del derecho pensional y la vocación prescriptible de las mesadas pensionales obedece, además, a lo siguiente: respecto al estado jurídico de pensionado, si bien puede predicarse su existencia y la consecuente posibilidad de que sea declarado judicialmente, junto con todos sus componentes definitorios, no puede aseverarse su exigibilidad y, por ende, su vocación prescriptible, dado que, se itera, no existe un plazo específico para solicitar la definición de los estados jurídicos que acompañan a los sujetos de derecho. En cambio, en relación con cada una de las mesadas pensionales, en tanto expresiones económicas de la situación jurídica de pensionado, sí puede sostenerse su exigibilidad, para, a partir de allí, empezar a contar el término trienal de prescripción.

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.

Adicionalmente, a la realización de la seguridad jurídica, en tanto valor complejo del derecho, no solo se contribuye cuando se definen con presteza los conflictos jurídicos, sino, primordialmente, cuando éstos son resueltos en los precisos términos normativos, teniendo en cuenta todas las salvedades y reservas que la Constitución y la ley consagren, de modo tal que el ciudadano y demás partícipes del sistema tengan certeza y puedan prever sus condiciones objetivas de aplicación por parte de los jueces.

De conformidad con el actual criterio jurisprudencial, el cargo resulta fundado, por cuanto las acciones encaminada a obtener el reajuste de la pensión por inclusión de factores salariales o basado en el salario realmente devengado, no está sujeta a las reglas de prescripción, motivo por el cual, puede demandarse en cualquier tiempo la revisión de la base salarial para calcular las pensiones.

Por las anteriores razones el cargo prospera.

IX.

#### SENTENCIA DE INSTANCIA

Además de las razones esbozadas en sede de casación y, de conformidad con las previsiones señaladas en el artículo 66A del CPTSS, atendiendo los temas objeto de inconformidad planteados en el recurso de apelación del demandante contra el fallo de primer grado, esto es, el derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, teniendo en cuenta el salario realmente devengado por él y sobre el cual el empleador debió haber cotizado al sistema de seguridad social, esto es, sobre su salario ordinario, más lo generado por horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos, los cuales percibió durante toda su vida laboral.

Así las cosas, la obligación para los empleadores de afiliar al seguro social obligatorio, a todos sus trabajadores contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, surgió con el Decreto 3041 de 1966 que aprobó el Acuerdo 224 de 1966, mediante el cual se expidió el reglamento general del seguro social obligatorio de

invalidez, vejez y muerte, y de acuerdo al artículo 2 de la Ley 90 de 1946, para efectos de la cotización, se agruparon según la remuneración real por categorías de salarios, fijando que si la remuneración excede de la cuantía que se fije como límite para asignar el salario de base más alto, no se considerará el excedente para los efectos de las contribuciones ni de los beneficios del seguro social obligatorio, de acuerdo al artículo 20 de la norma mencionada.

Posteriormente se expidió la Ley 100 de 1993, donde se estableció el Sistema General de Seguridad Social en Colombia, y reformó el sistema pensional compuesto a partir de ese momento por dos regímenes mutuamente excluyentes, uno el régimen de prima media con prestación definida que agrupó todas las cajas existentes, el ISS y las cajas de previsión (Sector Público); y el otro, régimen de ahorro individual con solidaridad, manejado por las administradoras de fondos de pensiones. A partir de ese momento el ISS asumió de manera definitiva la responsabilidad del sistema pensional colombiano en el régimen de prima media frente a sus afiliados y el empleador quedó con la única obligación de hacer los aportes al sistema en el porcentaje indicado por ley.

En cuanto a la base de cotización al sistema pensional los artículos 17 y 18 de la Ley 100 de 1993, señalaron lo siguiente:

**ARTÍCULO 17.** Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los Regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen.

[...]

**Artículo 18.** Base de cotización de los trabajadores dependientes de los sectores privado y público. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

[...]

Es oportuno recordar que conforme al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones», de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial.

Al revisar el expediente con el fin de determinar si el trabajador realmente

devengaba un salario superior al cual el empleador reportó al Instituto de Seguros Sociales, como ingreso base de cotización se encontró:

1.- Que a folios 15 a 26 obran algunos desprendibles de nómina causados entre los años 1998 a 2002, donde se evidencia que al señor Zapata Cardona se le cancelan mes a mes los siguientes rubros que retribuían directamente su servicio, y por tanto constituían salario: i) salario ordinario; ii) hora extra diurna; iii) hora extra diurna festiva; iv) hora diurna festiva; v) hora nocturna ordinaria; vi) hora extra nocturna; vii) hora extra nocturna festiva; viii) hora festiva nocturna; y ix) compensatorios.

2.- Entre los folios 36 a 41, contestación de la demanda por parte de la sociedad Seguridad Record de Colombia Limitada –Segurcol Ltda-, donde se afirmó al contestar el «hecho noveno: Dice mi representado que no es cierto el salario promedio de \$600.000, porque siempre devengó el salario mínimo legal vigente siendo algunas veces variable por los recargos de ley».

3.- A folios 74 a 107 se observan los desprendibles de nómina del demandante, aportados por el empleador, expedidos entre el mes de junio de 1999 y el 15 de diciembre de 2002, donde se evidencia que efectivamente el señor Zapata Cardona devengó en ese lapso: i) salario ordinario, que corresponde al mínimo mensual legal vigente para cada año; ii) hora extra diurna; iii) hora extra diurna festiva; iv) hora diurna festiva; v) hora nocturna ordinaria; vi) hora extra nocturna; vii) hora extra nocturna festiva; viii) hora festiva nocturna; y ix) compensatorios.

4.- Obrar entre folios 108 a 183 documentos denominados «autoliquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social integral» los cuales se cancelaron para los periodos comprendidos entre enero de 1999 y diciembre de 2002, evidenciándose que el salario base de cotización para cada año fue:

Año	ingreso base de cotización	Salario mínimo mensual legal vigente
1999	236.460	236.438
2000	261.000	260.100
2001	286.000	286.000
2002	309.000	309.000

De las pruebas analizadas se observa palmariamente que el empleador sociedad de Seguridad Record de Colombia Limitada –Segurcol Ltda-, afilió al señor José Alberto Zapata Cardona al ISS, cotizando con un ingreso base de cotización de un salario mínimo mensual legal vigente para cada año, omitiendo aportar sobre el verdadero «salario mensual», esto es, el «valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio», por lo que, con el fin de proferir

condena en concreto de conformidad con los artículos 307 del Código de Procedimiento Civil y 283 del Código General del Proceso y en consideración a que no están reportados por todo el vínculo laboral, se ordenará oficiar a la empresa demandada, para que en el término de quince (15) días remitan con destino al proceso, lo siguiente:

1.- Desprendibles de nómina o certificación de lo devengado y pagado al señor José Alberto Zapata Cardona a título de salario incluyendo las horas extras, recargos por trabajo nocturno y festivo, y los compensatorios, correspondientes a toda su vida laboral, es decir, entre el 29 de agosto de 1981 hasta el 28 de diciembre de 2002 o en su defecto desde el 1° de diciembre de 1994 hasta el 28 de diciembre de 2002.

2.- Las planillas de aportes a la seguridad social en pensiones, o certificación del ingreso base de cotización sobre el cual se realizaron los aportes al señor José Alberto Zapata Cardona, correspondientes a toda su vida laboral, es decir, entre el 29 de agosto de 1981 hasta el 28 de diciembre de 2002 o en su defecto desde el 1° de diciembre de 1994 hasta el 28 de diciembre de 2002.

Igualmente se ordenará oficiar al accionado Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, para que en el término de quince (15) días remitan con destino al proceso, la historia laboral del demandante señor José Alberto Zapata Cardona, identificado con cedula de ciudadanía 3.526.710.

Recibida dicha información córrase traslado a las partes por el término legal, para que manifiesten lo pertinente.

Sin costas en sede de casación, y las de instancias se determinarán al proferir la sentencia de reemplazo.

X.

#### DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral seguido por JOSÉ ALBERTO ZAPATA CARDONA, contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y la sociedad SEGURIDAD RECORD DE COLOMBIA LIMITADA –SEGURCOL LTDA-.

En sede de instancia y para mejor proveer se dispone oficiar a la sociedad de Seguridad Record de Colombia Limitada –Segurcol Ltda-, para que en el término de quince (15) días remitan con destino al proceso lo siguiente:

1.- Desprendibles de nómina o certificación de lo devengado y pagado al señor José Alberto Zapata Cardona a título de salario incluyendo las horas extras, recargos por trabajo nocturno y festivos, y los compensatorios, correspondientes a toda su vida laboral, es decir, entre el 29 de agosto de 1981 hasta el 28 de diciembre de 2002 o en su defecto desde el 1 de diciembre de 1994 hasta el 28 de diciembre de 2002.

2.- Las planillas de aportes a la seguridad social en pensiones, o certificación del ingreso base de

cotización sobre el cual se realizaron los aportes al señor José Alberto Zapata Cardona, correspondientes a toda su vida laboral, es decir, entre el 29 de agosto de 1981 hasta el 28 de diciembre de 2002 o en su defecto desde el 1° de diciembre de 1994 hasta el 28 de diciembre de 2002.

Igualmente se ordenará oficiar al accionado Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, para que en el término de quince (15) días remitan con destino al proceso, la historia laboral del demandante señor José Alberto Zapata Cardona, identificado con cedula de ciudadanía 3.526.710.

Recibida dicha información córrase traslado a las partes por el término legal.

Una vez cumplido lo anterior, ingrese el expediente al despacho para lo pertinente.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

ERNESTO FORERO VARGAS

2

SCLAJPT-10 V.00



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones  
ISSN 2256-1633  
Última actualización: 31 de diciembre de 2020

