



**CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**

**Magistrada ponente**

**SL13431-2016**

**Radicación n.º 51166**

**Acta 34**

**Reiteración de jurisprudencia**

Bogotá, D. C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

En uso de la facultad prevista en el inc. 3 del art. 16 de la L. 1285/2009, decide la Corte el recurso de casación que interpuso la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de noviembre de 2010, en el proceso que **GERMÁN MONTAÑO** adelanta contra el **BANCO CAFETERO**, hoy liquidado.

Se reconoce personería a Ricardo Escudero Torres, identificado con C.C. 79.498.195 y TP. 69.795 del CSJ, para

representar a Fiduagraria como vocera del Patrimonio Autónomo Banco Cafetero en Liquidación.

## **I. ANTECEDENTES**

El citado accionante promovió demanda laboral contra el Banco Cafetero en Liquidación con el propósito de que se reajuste la pensión de jubilación por la no inclusión de la totalidad de la prima de vacaciones, devolución de mayores valores cobrados o deducidos de la mesada pensional para pago de salud, la indemnización moratoria, la indexación y las costas del proceso.

En respaldo a sus pretensiones, refirió que laboró para el banco demandado durante más de 28 años continuos, razón por la que le fue reconocida una pensión de jubilación convencional desde el 22 de diciembre de 1994; que estuvo afiliado al sindicato, por lo que le eran aplicables las convenciones colectivas suscritas; que al momento del retiro le fue cancelada la suma de \$871.253 por concepto de prima de vacaciones, sin embargo, en la liquidación de la pensión de jubilación dejó de incluirse la suma de \$385.725; que la convención colectiva de trabajo vigente al momento del retiro señala que la prima de vacaciones debe incluirse en su totalidad para el reconocimiento de la prestación y, que le fue descontado la totalidad del aporte a salud con destino al ISS (folios 2 a 9).

El Banco Cafetero S.A. en Liquidación al dar respuesta a la demanda, se opuso a las pretensiones y negó los hechos en que aquellas se sustentan. En su defensa manifestó que la solicitud de reliquidación pensional no tiene fundamento fáctico ni jurídico, pues si bien la suma de \$385.725 fue pagada con la liquidación definitiva, no fue devengada por el actor durante el último año de servicios. Formuló la excepción de inexistencia de las obligaciones pretendidas (folios 574-578).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo de 28 de diciembre de 2007 declaró probada la excepción de prescripción y absolvió a la demandada de todas las pretensiones (folios 721 a 730)

## **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Por apelación del demandante, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la sentencia recurrida en casación, confirmó la decisión de primera instancia.

En lo que interesa a los fines del recurso extraordinario, el Tribunal en primer lugar delimitó el tema

apelado a la *«determinación de la procedencia de la reliquidación de la pensión de jubilación con todos los factores de salario devengados por el accionante durante el último año de servicios»*.

Precisó que conforme a la jurisprudencia de esta sala, cuando el pensionado pretenda obtener que su pensión sea reliquidada con base en factores que fueron excluidos, tiene un periodo de tres años para reclamar su inclusión, so pena de que opere el fenómeno de la prescripción.

A continuación, transcribió apartes de los fallos emitidos sobre el particular y precisó que el actor contaba con 3 años para solicitar la inclusión de los factores salariales ahora reclamados, y como no lo hizo, operó el fenómeno de la prescripción trienal.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

Interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

#### **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, se condene a las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, que fue replicado dentro del término legal.

## VI. CARGO ÚNICO

Acusa a la sentencia de segundo grado ser violatoria por la 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, como violaciones de medio, en relación con los artículos 1, 18, 19, 20, 21, 22, 186, 249, 306, 491, 492 del Código Sustantivo del Trabajo, 11, 36, 141, 143, 146, 150, 234, 272, 283, 288, 289 de la Ley 100 de 1993. 42 del Decreto 692 de 1994, 3 del Decreto 813 de 1994, 2 del Decreto 806 de 1998, 8 de la Ley 153 de 1887, 13, 4, 53, 56 y 58 de la Carta Política y 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil*».

En la demostración del cargo aduce que el *ad quem* siguió «*al pie de la letra la jurisprudencia*», pero que tal posición se puede rectificar y recoger esa tesis que «*ha perjudicado a muchos trabajadores*», en razón a que representa «*una escisión y discriminación al todo (derecho a la pensión)*».

Sostiene que el derecho a la pensión es un concepto que encierra «*un todo*» que puede estar limitado por uno o varios salarios mínimos y otros elementos que hacen parte de ese ingreso base de liquidación, y que esta «*así esté constituida por múltiples elementos o factores, se confunde con el todo, es decir, es el derecho mismo a la pensión de jubilación y, por la circunstancia que no haya sido reclamado antes, como elemento que parte y, por tanto, es integral al derecho, no significa que por el paso del tiempo no deba ser tenido en cuenta cuando, por lo demás, cada factor dejado de aplicar también es de tracto sucesivo como el derecho con el que se confunde, del que hace parte y con el que se constituye en un todo*». De ahí que no se entiende la distinción entre

imprescriptibilidad del estatus de pensionado y la de los factores económicos que integran la base salarial.

Arguye que la interpretación correcta de los arts. 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, es la que si bien debe aplicarse el fenómeno prescriptivo a las mesadas pensionales como inveteradamente se ha hecho, no puede hacerse frente a factores económicos que puedan incidir en los reajustes de la prestación misma, pues *«del derecho mismo a la pensión de jubilación no pueden separarse sino afectarlo directamente fraccionando el conjunto de la obligación»*.

Indica además que la irrenunciabilidad de la seguridad social incluida la pensión, incorpora todos los elementos o factores que la integran sin importar la fecha de su reclamación y *«sin perjuicio de que, como parte de las mesadas o créditos dejados de cobrar oportunamente, sí puedan prescribir junto a estos conceptos, pero sin afectar el monto final de la ameritada pensión de jubilación»*.

Sostiene que no se puede negar el reconocimiento de los derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables constitutivos del *«todo»* cual es la pensión de jubilación, *«con el argumento que escinde el concepto unitario de esa prestación»* al considerar que si unos factores salariales no se reclamaron antes de tres años, parte de la misma prescribe. Menos aún, como en el presente caso, en que siendo reconocido oportunamente *«no se incluyó como incidencia salarial pues no se reclama como prestación unitaria»*.

Agrega que esa correcta interpretación tiene plena cabida respecto del reajuste de la pensión consagrada en el art. 143 de la L. 100/1993, y respecto de la devolución de aportes para salud descontados en exceso al demandante.

## **VII. RÉPLICA**

La parte demandada se opuso al cargo. Para ello, sostiene que el *ad quem* lejos estuvo de incurrir en la interpretación errona de los arts. 488 y 489 del CST y 151 de CPT y de la SS, dado que resulta incontrovertible el precedente vertical al cual acudió el sentenciador de alzada, según el cual, una vez reconocida la pensión, el beneficiario dispone de 3 años para reclamar la inclusión de la prima de vacaciones.

Arguye además que *«no puede argumentarse ni aceptarse que la parte denominada “prima de vacaciones”, hace parte del todo denominado “Pensión de Jubilación”, y no puede argumentarse ni aceptarse ello, porque dicha prima jamás fue parte del todo, tanto así que tuvo que iniciar el presente proceso para que fuese parte de ese todo, sólo que lo hizo por fuera de los límites que fijan los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del ordenamiento adjetivo laboral (...)»*.

## **VIII. CONSIDERACIONES**

En primer lugar, la sala debe precisar que los argumentos del recurso extraordinario y que hacen referencia al reajuste de la prestación consagrada en el art. 143 de la L. 100/1993 y la devolución de aportes para salud descontados, no fueron materia de la apelación de la

parte actora. De ahí que el Tribunal, delimitara el tema apelado a la *«determinación de la procedencia de la reliquidación de la pensión de jubilación con todos los factores de salario devengados por el accionante durante el último año de servicios»*.

Lo anterior, por cuanto la Sala no puede abordar el estudio de un tema no tocado por el juez de apelaciones, por tratarse de una cuestión simplemente inexistente, dado que, como lo ha adocinado esta Corporación, *«no es dable imputarle al juzgador la comisión de unos errores en relación a unos aspectos frente a los cuales no hubo pronunciamiento, precisamente porque no fueron materia de apelación»* (CSJ SL646-2013).

Establecido lo anterior y dada la vía escogida, por el censor: no son motivo de discusión entre las partes los siguientes supuestos: (i) que mediante Res. 252 de 1995 se le reconoció a Germán Montaña la pensión de jubilación convencional prevista en el art. 16 de la convención colectiva de trabajo de 23 de mayo de 1978; (ii) que en la citada resolución se tuvo en cuenta la prima de vacaciones devengada en el último año comprendido entre el 22 de diciembre de 1993 y 21 de diciembre de 1994, en cuantía de \$485.528 y, (iii) que el actor elevó reclamación administrativa el 29 de julio de 2002 y, la demanda fue presentada el 29 de abril de 2005.

Sobre el tema sometido a consideración, esto es, la prescripción de la reliquidación pensional fundada en la inclusión de factores salariales, esta Colegiatura en sentencia **CSJ SL8544-2016** recogió el criterio anterior,



según el cual, se encontraba sometida a la regla general de prescripción trienal. Para adoptar la nueva postura, la Sala de forma mayoritaria adocrinó:

*(..) la existencia de renovados y sólidos argumentos en contra del criterio vertido en la sentencia CSJ SL, 15 jul. 2003, rad. 19557, y en favor de la tesis de la imprescriptibilidad del derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales, imponen hoy a la Sala la rectificación de la postura jurisprudencial atrás reseñada.*

*Para ese propósito, es conveniente empezar por recordar que, de acuerdo con el art. 48 de la C.P., la seguridad social es un derecho subjetivo de carácter irrenunciable. Esto quiere decir que, en tanto derecho subjetivo, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción y, en cuanto irrenunciable, es un derecho 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.*

*Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa.*

*En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción in toto, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.*

*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 definatorios 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.*

*(..)*

*Por todo lo anterior, esta Sala recoge el criterio jurisprudencial expuesto en la sentencia CSJ SL, 15 jul. 2003, rad. 19557 y, en*

*su lugar, postula que la acción encaminada a obtener el reajuste de la pensión por inclusión de factores salariales, no está sujeta a las reglas de prescripción, motivo por el cual, puede demandarse en cualquier tiempo la revisión de las pensiones. Igualmente, se aclara que si bien es inextinguible por prescripción el derecho al reajuste de la pensión, sí continúan sujetas 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, las diferencias en las mesadas originadas como consecuencia de una reliquidación judicial.*

Así las cosas, se evidencia el error cometido por el *ad quem* al concluir que la reliquidación pensional fundada en la inclusión de la totalidad de la prima de vacaciones pagada con la liquidación definitiva, había prescrito por el transcurso del tiempo, pues, conforme al actual criterio de esta Sala de la Corte, la misma resulta imprescriptible.

No obstante, pese a que el cargo es fundado, no se casará la sentencia, por cuanto al dilucidar el asunto en sede de instancia, esta Sala llegaría a la misma decisión absolutoria del tribunal por las siguientes razones:

A través de la Resolución 252/1995, Bancafé le reconoció al actor una pensión de jubilación convencional, en cuantía de \$680.591,54 a partir del 22 de diciembre de 1994, en cumplimiento de la sentencia «de 27 de abril de 1994, proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sección Segunda (...) [que dispuso el reconocimiento de] la pensión de jubilación consagrado en el artículo 16 de la convención colectiva del 23 de mayo de 1978» (folios 24 a 30).

Para el efecto, la demandada tuvo en cuenta el salario promedio devengado en el último año de servicios,

comprendido entre el 22 de diciembre de 1993 y el 21 de diciembre de 1994, de acuerdo con la convención referida, así:

<i>Sueldo promedio en los 12 últimos meses:</i>	
<i>De Dic. 22/93 a Dic. 21/94</i>	\$398.218,57
<i>Otros factores salariales</i>	
<i>Prima legal de Dic.93/94</i>	\$ 240.167.40
<i>Prima legal de Jun./94</i>	[\$] 196.557.00
<i>Prima extralegal Dic. 93/94</i>	[\$] 1.392.970.92
<i>Prima extralegal Jun./94</i>	[\$] 904.162.20
<b><i>Prima de vacaciones</i></b>	<b>[\$] 485.528.00</b>
<i>Auxilio de Alimentación</i>	[\$] 269.090.10
<i>Total otros factores salariales</i>	\$3.388.475,62/12= <u>282.372.97</u>
<i>Total salario promedio mensual</i>	\$680.591.54
<i>(negrillas fuera del texto)</i>	

Por otra parte, en la liquidación definitiva de prestaciones del 13 de enero de 1995, consta que al finalizar el vínculo laboral le fue cancelada al actor la suma de \$871.253 por concepto de prima de vacaciones, «por 1 año(s) y 286 días de servicio, de Marzo 6 de 1993 a Diciembre 21 de 1994» (folio 76).

Ahora bien, el art. 16 de la convención colectiva de trabajo de 23 de mayo de 1978 (folio 379), con fundamento en la cual se reconoció la pensión, dispuso:

*ARTÍCULO 16. PENSIÓN DE JUBILACIÓN.- Todo trabajador que cumpla 25 años de servicios continuos o discontinuos, en forma exclusiva al Banco Cafetero, y sin tener en cuenta su edad, tendrá derecho a solicitud suya, a una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 100% del salario promedio devengado en el último año de servicios, sin exceder del límite legal. (Subrayado fuera de original).*

En ese orden, se tiene que la prestación convencional se liquida con el 100% del salario promedio **devengado** en

el último año de servicios, esto es, lo efectivamente causado en dicho periodo. Al respecto, reitera la sala que *«una cosa es devengar o causar un determinado emolumento o derecho y otra cosa lo es percibirlo y recibirlo. Devengar según el Diccionario de la Real Academia Española es «Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título», lo que se asimila a causar o dar lugar a algo; en cambio, cuando se habla de percibir»* (CSJ, SL12250-2015).

Debe puntualizar esta magistratura que desde el reconocimiento inicial efectuado a través de la Resolución 252/1995, la demandada incluyó la prima de vacaciones como factor salarial para la liquidación de la pensión. De ahí que al momento de calcular el valor inicial de esta, la entidad únicamente tuvo en cuenta la parte proporcional (\$485.528) de dicha prestación pagada al finalizar el vínculo laboral, esto es, la que correspondía al valor efectivamente causado durante el último año de labores del demandante, toda vez que la suma cancelada en la liquidación definitiva (\$871.253), correspondía a *«1 año(s) y 286 días»* de servicio, es decir, por un periodo de causación mayor al ordenado por la norma convencional.

Y es que no es dable confundir los conceptos de devengado y percibido, pues como se precisó en precedencia aquel hace alusión a lo causado y este a lo efectivamente pagado, para lo cual reitera esta colegiatura que la norma convencional indicó que la pensión de jubilación se liquidaría con el 100% salario promedio devengado en el último año de servicios, tal y como en efecto lo hizo el

empleador. Por ello, la reliquidación pretendida por la parte actora se encuentra llamada al fracaso.

Concluye entonces la Sala que si bien el cargo es fundado, conforme a los argumentos expuestos no resulta próspero, razón por la que no se casará la sentencia de segundo grado.

Sin costas en el recurso extraordinario, toda vez que el cargo fue fundado.

## **IX. 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 dictada el 30 de noviembre de 2010 por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que **GERMÁN MOTAÑO** adelanta contra el **BANCO CAFETERO**, hoy liquidado, representado por Fiduararia como vocera del Patrimonio Autónomo Banco Cafetero en Liquidación.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

**JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN**

Presidente de la Sala

**GERARDO BOTERO ZULUAGA**

**JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ**

**FERNANDO CASTILLO CADENA**

**CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**

**RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO**

**LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS**