El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª instancia - 30 de enero de 2017

Radicación No.: 66001-31-05-003-2014-000146-00

Proceso: Ordinario laboral – Confirma decisión del a quo que negó las pretensiones

Demandantes: María Clemencia Ramírez Mutis

Demandado: La Nación Ministerio de Hacienda de Hacienda y Crédito Público y otros

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema**: **BONO PENSIONAL TIPO A:** Los bonos pensionales tipo A constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones para aquellas personas que se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con posterioridad al 1o de abril de 1994. **SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN DEL BONO TIPO A Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR INEXACTITUDES EN EL REPORTE DEL SALARIO DEVENGADO POR TRABAJADORES DEPENDIENTES:** en el caso de las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con anterioridad al 14 de julio de 2005, y que a fecha base (FB) se encontraban cotizando a alguna caja, fondo o entidad, los bonos pensionales Tipo "A" modalidad 2 se liquidarán y emitirán tomando como salario base el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992, reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma (30 de junio de 1992) no se encontraba cotizando.(…)De encontrarse probado que el trabajador devengó como salario una suma superior a la reportada por su empleador, deberá darse aplicación a la previsión antes indicada[[1]](#footnote-1), que señala claramente que el patrono (hoy llamado empleador) es el responsable de la reparación de los daños patrimoniales que supone para el trabajador el inexacto reporte del salario al Sistema Pensional. **PRIMA DE antigüedad Y DEMAS factores salariales que conforman la base de liquidación pensional de empleados oficiales (o empleados establecimiento públicos:** es necesario precisar que el incremento por antigüedad (también llamado prima de antigüedad) es un factor salarial al cual, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de Decreto 1042 de 1978 y el Decreto 540 de 1977, sólo tienen derecho quienes se hayan vinculado con anterioridad al 1º de abril de 1976 al servicio público, es decir, que a la fecha de expedición del Decreto 1042 de 1978, se encontraban percibiendo las asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial del Decreto 540 de 1977, los cuales tienen derecho a que la misma se incluya como factor salarial para la liquidación de las cesantías y pensión (tanto en el Decreto 1045 de 1978 como en la Ley 33 de 1985).

#### **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

#### **SALA DE DECISION LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Enero 30 de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las………….. de hoy, lunes 30 de enero de 2017, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por la señora **María Clemencia Ramírez Mutis** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, la AFP Porvenir S.A., La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Empresa de Energía de Pereira.**

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a desatar el recurso de apelación impetrado por el demandante contra la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 14 de marzo de 2015, dentro del proceso Ordinario Laboral reseñado con anterioridad.

**PROBLEMA JURIDICO**

¿Corresponde a la Sala determinar cuál es la base de liquidación del bono pensional, al trasladarse una persona del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a un fondo privado de pensiones?

**I – ANTECEDENTES**

La señora **MARIA CLEMENCIA RAMIREZ MUTIS** pretende que la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** y **CESANTÍAS PORVENIR S.A.** pague su pensión de vejez a partir del 21 de septiembre de 2011, fecha que arribó a la edad de cincuenta y siete (57) años de edad.

Para el efecto solicita igualmente que se le ordene a la **NACIÓN –MINISTERIO DE HACIENDA** y **CRÉDITO PÚBLICO** –oficina de bonos pensiones- reajustar el monto del bono pensional tipo A, al cual tiene derecho por haberse traslado del Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sobre la base de 542 semanas (5896 días) cotizados al ISS, teniendo como salario de base la suma de $540.528, correspondiente al salario que devengaba a 30 de junio de 1992, suma que deberá pagarse y trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., quien tiene a su cargo el pago de la pensión.

Como consecuencia de lo anterior, pide que los recursos correspondientes al mencionado bono le sean pagados a título de excedente de libre disponibilidad o, en subsidio, que se destinen al reajuste de su mesada pensional en la misma proporción en que se incremente el bono.

Como sustento de dichas pretensiones, señala que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –HOY COLPENSIONES- a través de distintos empleadores, así:

* Entre el 10 de agosto de 1979 y el 15 de octubre del mismo año, y entre el 9 de noviembre de 1979 y el 15 de abril de 1980 (227 días), a través de LUCRECIA PORRAS DE BOTERO.
* Entre el 23 de noviembre de 1983 y el 26 de enero de 1990, y entre el 5 de julio de 1990 y el 30 de septiembre de 1997 (4885) a través de las Empresas Públicas de Pereira.
* Tras lo cual pasó, sin solución de continuidad, de las Empresas Públicas de Pereira a la Empresa de Energía de Pereira S.A. E.S.P., a través de la cual cotizó entre el 1º de octubre de 1997 y el 18 de septiembre de 2002, aclarando que desde el 1º julio de 1999, víctima de maniobras engañosas de la AFP, las cuales no fueron precisadas, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Señala que sus aportes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir, las cotizaciones efectuadas con antelación a su traslado al RAIS, según sus cuentas ascienden 820,28 semanas.

Añade que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (hoy COLPENSIONES) inicialmente certificó en su haber tan solo 728,29 semanas, pero que a la postre, como resultado de un trámite de aclaración de algunas inconsistencias que se presentaban en su historia laboral, el 13 de septiembre de 2012, mediante oficio, le indicaron que finalmente habían sido verificadas y corregidas dichas inconsistencias.

Siguiendo esa línea cronológica, advierte que nació el 21 de septiembre de 1954, por lo que arribó a la edad de 57 años en la misma fecha del año 2011; que el 29 de septiembre de ese año elevó solicitud pensional ante la AFP demandada, la misma que fue rechazada por no contar con los recursos suficientes para financiar la prestación económica por vejez.

En vista de lo anterior, el 9 de abril de 2012, tramitó directamente ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda solicitud de liquidación, emisión, redención y pago del bono pensional tipo A por los aportes al Régimen de Prima Media; que en respuesta a su solicitud, la cartera de Hacienda le informó que dicha solicitud debía hacerse a través de la AFP a la cual se encontrare afiliada.

El 3 de mayo de 2012, transcurridos más de siete (7) meses de radicada la solicitud de pensión, la demandante, a través de su apoderado judicial, reiteró la solicitud inicial a la AFP, quien mediante oficio No. 579 del 17 de mayo de 2012, manifestó que le estaba dando trámite a la petición y que desde el 10 de mayo de 2010 había iniciado los trámites para la emisión del bono pensional. En respuesta a dicho oficio, nuevamente el 25 de mayo de 2012, se exhortó a la AFP a decidir de fondo la pensión y la devolución de saldo por cuanto ya se había superado con creces el término para resolver este tipo de solicitudes.

El 6 de junio de 2012, la AFP finalmente informó a la afiliada que en su cuenta de ahorro individual se acreditaba un total de $140.055.000 por concepto del bono pensional. Seguidamente, el 3 de julio de 2012, mediante oficio No. 579 le notificó el reconocimiento de la pensión de vejez, a partir del 1º de junio de 2012, por valor de $688.252 mensuales.

Dicho monto fue objetado por la demandante sobre la base de que en la liquidación del bono pensional no se había acreditado todo el tiempo por ella cotizado, no se había tenido en cuenta su verdadero salario de base para la liquidación del bono y no se había reconocido la pensión a partir del 21 de septiembre de 2011, que fue cuando cumplió los requisitos para acceder a la pensión.

En este último punto se informa en la demanda, que para la liquidación del bono se tuvo en cuenta como salario de base la suma de $234.720 cuando el verdadero salario, esto es, el que devengaba al 30 de junio de 1992, sumando su asignación básica y la prima de antigüedad, ascendía a la suma de $541.158 de acuerdo a lo certificado por la Empresa de Energía de Pereira el 23 de abril de 2012. Asimismo, solo se tuvieron en cuenta 806 semanas cotizadas, pese a que, según sus cuentas, sus cotizaciones suman, cuando menos, 820 semanas.

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, al contestar la demanda manifestó que no le constaban la mayoría de los hechos allí planteados. Respecto al bono pensional, señaló que este fue liquidado usando una Historia Laboral de 5.514 días (788 semanas) y un salario base de $234.720 a 30 de junio de 1992, correspondiente al salario reportado como devengado por el patronal EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES al ISS (Hoy Colpensiones) y que aparece en el archivo laboral masivo enviado periódicamente a la OBP por dicha administradora (ver página 117). En ese orden se opuso a la prosperidad de las pretensiones en su contra y propuso como excepciones de mérito las de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “excepción genérica”.

En el mismo sentido, con la respuesta a la demanda **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** se opuso al reajuste del bono pensional tipo A expedido y liquidado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues el mismo correspondió al número de semanas de cotización acreditado en la historia laboral y el salario reportado el 30 de junio de 1992, en razón de lo cual solicitó a la jurisdicción la exoneración de las pretensiones de la demanda alegando las excepciones denominadas “improcedencia del reajuste del bono pensional” y “prescripción”.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** se opuso al pago del retroactivo pensional reclamado con la demanda, advirtiendo que de conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, no porque un afiliado(a) cumpla con la edad para pensionarse ello significa inexorablemente que deba reconocérsele de manera automática la prestación reclamada, en tanto la pensión de vejez en el RAIS se causa solo a partir del instante en que el saldo total del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual pensional lo permite, lo cual en el caso concreto solo vino a ocurrir cuando los cupones emitidos por la Oficina de Bonos Pensionales, que eran redimibles hasta el 21 de septiembre de 2014 (fecha en que la demandante cumpliría 60 años de edad), fue negociado anticipadamente con su autorización, con lo cual se pudo conformar el capital suficiente el 22 de mayo de 2012. (Ver pág. 202)

En cuanto al reajuste del valor del bono, señala que durante todo el trámite de consolidación de la historia laboral efectuado en conjunto con la demandante nunca se presentó inconformidad respecto del salario base a 30 de junio de 1992, por el contrario en las varias oportunidades que la demandante objetó la mencionada historia, nada indicó respecto a que su salario fuera distinto. Por lo tanto el bono se encuentra en firme y la AFP no tiene facultades legales para modificar la liquidación efectuada por la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de ahí que de encontrarse fundamento a la reclamación de la demandante, deberá ser dicha entidad la que determine si existe posibilidad de efectuar una nueva liquidación y el consecuente pago de una suma adicional por concepto de bono pensional.

**INTEGRACIÓN DE CONTRADICTORIO:** en atención a la excepción previa de falta de integración del contradictorio alegada por la AFP PORVENIR S.A., en audiencia pública del 17 de septiembre de 2014, el Juzgado de conocimiento ordenó vincular al proceso al MUNICIPIO DE PEREIRA y a la EMPRESA DE ENERGÍA DE PEREIRA en calidad de litisconsortes necesarios y como sucesores laborales de la extinta EMPRESAS PÚBLICAS DE PEREIRA, quien tuvo a su cargo el pago del aporte pensional de la demandante a 30 de junio de 1992.

El **MUNICIPIO DE PEREIRA** señaló que no es bajo ninguna circunstancia sucesora de las obligaciones laborales del extinto establecimiento público que se denominaba “EMPRESAS PÚBLICAS DE PEREIRA”, pues dicha calidad recae sobre la EMPRESA DE ENERGÍA DE PEREIRA, teniendo en cuenta que fue a dicha empresa a la cual pasó la demandante, sin solución continuidad, luego de la escisión de las “EMPRESAS PÚBLICAS DE PEREIRA”.

Por último, La **EMPRESA DE ENERGÍA DE PEREIRA** aceptó que a raíz de la liquidación de las EMPRESAS PÚBLICAS DE PEREIRA algunos de los trabajadores de esta pasaron a ser trabajadores de la EMPRESA DE ENERGÍA DE PEREIRA S.A. E.S.P. (creada en el año 1996), como fue el caso de la demandante. Sin embargo se opuso a que se imponga condena alguna en su contra, dado que afilió a la actora al ISS para cubrir todos los riesgos en pensiones y pagó oportuna y totalmente los aportes causados en vigencia de la relación laboral, todo lo cual permite deducir que nada se adeuda a la demandante, ni a las codemandadas, y por tanto debe ser absuelta.

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La jueza de primera instancia descartó la viabilidad del reajuste del bono pensional tipo A que le fuera pagado por la Nación a la demandante, sobre la base de que no obra en el expediente prueba alguna a partir de la cual inferir, en su caso, los elementos constitutivos del salario y de los demás factores salariales que lo complementan. Tan solo en el folio 39 del plenario se encuentra una certificación en la que se relaciona el pago a la demandante de una “prima de antigüedad”, la cual no tiene origen legal puesto que no aparece consagrada como un derecho en el Decreto Ley 1333 de 1986, que es marco general normativo en el que se contemplan los factores salariales, prestacionales y los demás emolumentos a los que tienen derecho los empleados públicos del orden territorial, que es el caso de la demandante, y que no guarda correspondencia con otras certificaciones expedidas por la misma empresa (visibles a folio 414 y 457 del expediente) en las que se indica que el salario que recibía la demandante para el año 1992 correspondía a su asignación básica mensual más la prima de vacaciones. Así mismo, asumiendo que en realidad la prima por antigüedad le fue pagada a la demandante, no es posible establecer si esta prestación era de carácter anual, semestral o mensual, por lo que se hace imposible liquidar el promedio salarial a 30 de junio de 1992.

**III- RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado judicial de la demandante lo promueve contra la decisión acabada de resumir, advirtiendo que la Ley 33 de 1985 es aplicable a todos los empleados públicos, incluidos los del orden territorial, y que en su artículo 3º, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, señala que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida, entre otros factores, por la prima de antigüedad. Lo cual guarda igualmente consonancia con el Decreto 1042 de 1978, en el que también aparece la prima de antigüedad como factor salarial.

**IV – CONSIDERACIONES**

**4.1. BONO PENSIONAL TIPO A**

Los bonos pensionales tipo A constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones para aquellas personas que se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con posterioridad al 1o de abril de 1994.

De acuerdo con las disposiciones legales aplicables, para la liquidación del bono pensional se utilizan una pensión de vejez de referencia, una fecha base (FB) y un salario base de liquidación, el cual está sometido a los límites mínimos (1 SMLM) y máximo (20 SMLM) aplicables a las pensiones en el Sistema General de Pensiones.

**4.2. SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN DEL BONO TIPO A Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR INEXACTITUDES EN EL REPORTE DEL SALARIO DEVENGADO POR TRABAJADORES DEPENDIENTES**

El artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, reglamentario del artículo 117 de la Ley 100 de 1993, estableció que la base de liquidación del bono tipo A corresponde el salario devengado con base en las normas vigentes al 30 de junio de 1992 reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando.

Mediante sentencia del 14 de julio de 2005 (la C-734) la Corte Constitucional declaró fuera del ordenamiento jurídico la citada norma reglamentaria (esto es, el artículo 5º del Decreto 1299 de 1994), considerando que el gobierno había excedido el ámbito de sus competencias en el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso, *“puesto que si la ley habilitante (Ley 100 de 1993) determinó claramente cuál era el salario base de cotización para el reconocimiento de la pensión de vejez de ese grupo de personas, no resultaba constitucionalmente válido que el Gobierno, so pretexto de regular aspectos relacionados con la emisión de los bonos pensionales, entrara a redefinir el mismo punto temático”.*

No obstante lo anterior, ha de aclararse que de conformidad con el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, los efectos de las sentencias rigen hacía el futuro a menos que la misma Corte resuelva darle alcances hacia el pasado, lo cual no ocurrió en el presente caso, como ha sido reiterado en las sentencias de tutela T-379 de 2007 y la T-147 de 2006[[2]](#footnote-2).

Teniendo en cuenta que la sentencia C-734 de 2005 no tiene efectos retroactivos, quienes se trasladaron al Régimen de Ahorro individual antes de la emisión de dicha sentencia (14 de junio de 2005), es decir, en vigencia del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, como es el caso de la demandante, tendrán derecho a que su bono se calcule sobre el salario devengado reportado a 30 de junio de 1994, pero quienes lo hicieron después de esa fecha o antes de la expedición del Decreto (el 28 de junio de 1994), no tienen ese derecho y su cálculo se haría de la manera establecida en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, esto es, sobre el salario cotizado a junio 30 de 1992.

Lo anterior vino a ser reforzado con la expedición del Decreto 3366 de 2007, donde se señala claramente que de conformidad con los criterios señalados por la Corte Constitucional en relación con la Sentencia C-734/05, en el caso de las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con anterioridad al 14 de julio de 2005, y que a fecha base (FB) se encontraban cotizando a alguna caja, fondo o entidad, los bonos pensionales Tipo "A" modalidad 2 se liquidarán y emitirán tomando como salario base el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992, reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando. Y que en el caso de las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con posterioridad al 14 de julio de 2005 se tomará el salario cotizado a la respectiva caja, fondo o entidad.

Ahora bien, puede presentarse el caso de personas que, al 30 de junio de 1992, devengaban un salario superior al reportado por sus empleadores al ISS, lo cual tiene innegable incidencia en la determinación de la base salarial sobre la cual se calcula el valor del bono. En este evento, de acuerdo al Decreto 3063 de 1989, aprobatorio del Acuerdo 044 de 1989[[3]](#footnote-3), el empleador debe responder por el daño causado al trabajador cuando, por error o dolo, cotizó al ISS en una categoría salarial inferior a la que correspondía de acuerdo con el salario devengado por el afiliado.

Dichas normas consagraban un sistema de inscripción por “categorías”, las cuales están referidas al salario devengado por el trabajador con un límite máximo (categoría 51), el cual correspondía al tope de cotización de pensión que podían recibir los afiliados al Instituto, que era el equivalente a 10 SMLM.

Asimismo, dicha norma consagra en su artículo 19, que en materia del salario a reportar, para efectos de las cotizaciones y aportes, constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. Y agrega como parágrafo, que el reporte, por parte del patrono, de un salario diferente al realmente devengado o el no reporte de las variaciones del salario, dará lugar a que se le apliquen las sanciones previstas en el respectivo reglamento de Sanciones, Cobranzas y Procedimientos.

En otro punto que interesa a la resolución del problema jurídico, se indica en el artículo 72 de la norma en comento, que el reporte inexacto del salario devengado por el trabajador acarrea para el patrono la obligación de pagar 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.

De modo que, como regla general, de encontrarse probado que el trabajador devengó como salario una suma superior a la reportada por su empleador, deberá darse aplicación a la previsión antes indicada, que señala claramente que el patrono (hoy llamado empleador) es el responsable de la reparación de los daños patrimoniales que supone para el trabajador el inexacto reporte del salario al Sistema Pensional.

Bajo tales premisas, aunque las pretensiones de la demanda estuvieron mal enfocadas, pues fueron dirigidas en contra de la NACIÓN –MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, al proceso fue vinculado como litisconsorte necesario el empleador de la demandante a 30 de junio de 1992, en razón de lo cual, de encontrase irregularidades en el reporte del salario de la trabajadora en dicha fecha, se abre paso la posibilidad de emitir condena en contra de quien o quienes tengan responsabilidad por la errada información reportada al ISS.

**4.3. PRIMA DE antigüedad Y DEMAS factores salariales que conforman la base de liquidación pensional de empleados oficiales (o empleados establecimiento públicos).**

Se advierte de entrada que tanto el apelante como la jueza de conocimiento incurren en un error, pues pese a que en los términos anteriores a la constitución de 1991, la demandante fue una empleada pública, no lo era del orden territorial. Lo cierto es que la extintas “Empresas de Servicios Público” eran un establecimiento público, tal como se reconoce en la demanda (Fl. 14) y en los demás documentos que obran en el proceso (ver, entre otros, el convenio de solidaridad visible en el folio 336)[[4]](#footnote-4), y por tanto, el régimen prestacional de sus empleados se encontraba regulado por el Decreto 3135 de 1968. En dicho Decreto (reglamentado por el Decreto 1848 de 1969) se establece, entre otros, el derecho a las vacaciones, al pago de la prima de navidad, subsidio familiar, auxilio de maternidad, etc., pero ninguna prestación que se denomine “prima de antigüedad” que supuestamente fue pagada por la extinta Empresas Públicas de Pereira a la demandante a 30 de junio de 1992.

Tampoco aparece consagrada bajo dicha tipología en el Decreto 1042 de 1978, *“por medio del cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”*, en el que sí, a modo de ejemplo, se creó, en su artículo 45 ídem, modificado por el Decreto 451 de 1984, la bonificación por servicios prestados, consistente en el pago del 35% del salario cada vez que el trabajador cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial, pagaderos dentro de los veinte (20) días que sigan a la fecha en que se haya causado el derecho a percibirla.

Ahora bien, en dicha normativa también figura, como elemento del salario, más no como prestación social, el derecho al incremento por antigüedad, contemplado inicialmente en el Decreto 540 de 1977 y posteriormente en el Decreto 1042 de 1978, en su artículo 49 en los siguientes términos:

*“Las personas que a la fecha de expedición de este decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a. o 4a. columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso”.*

Respecto al alcance, vigencia y naturaleza de dicho incremento, en sentencia del 25 de marzo de 1992, expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Magistrada Ponente Doctora Clara Forero de Castro, se expresó:

*“..Dicho incremento* ***no es una prestación sino que hace parte del salario****… Tanto la ley como la jurisprudencia y la doctrina han considerado siempre como* ***salario*** *la denominada prima de antigüedad. Dicha prima de antigüedad es un incremento salarial que se origina en la permanencia del empleado en el servicio y gracias a ella la* ***remuneración mensual*** *se aumenta de acuerdo a los porcentajes establecidos, según el tiempo de esa permanencia.” (Se subraya y resalta)*

De esta forma, es necesario precisar que el incremento por antigüedad (también llamado prima de antigüedad) es un factor salarial al cual, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de Decreto 1042 de 1978 y el Decreto 540 de 1977, sólo tienen derecho quienes se hayan vinculado con anterioridad al 1º de abril de 1976 al servicio público, es decir, que a la fecha de expedición del Decreto 1042 de 1978, se encontraban percibiendo las asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial del Decreto 540 de 1977, los cuales tienen derecho a que la misma se incluya como factor salarial para la liquidación de las cesantías y pensión (tanto en el Decreto 1045 de 1978 como en la Ley 33 de 1985).

En esa misma línea se ha expresado el reconocido profesor, expresidente del Consejo del Estado, Diego Younes Moreno, que al respecto ha sostenido, al igual que el Consejo Estado y la Sala de Consulta y Servicio Civil de esa misma corporación, que las primas de antigüedad quedaron circunscritas a los antiguos funcionarios que a 7 de junio de 1978 estuvieran percibiendo asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial del decreto 540 de 1977[[5]](#footnote-5).

De acuerdo a los anteriores postulados, teniendo en cuenta que la primera vinculación de la demandante a las extintas EMPRESAS PÚBLICAS DE PEREIRA se dio el 24 de noviembre de 1983 y que laboró de forma continua e ininterrumpida hasta el 26 de enero de 1990 (ver, entre otros, el folio 98), fecha en la cual se retiró por algunos meses para reintegrarse el 5 de julio del mismo año, aprecia la Sala que la denominada “prima por antigüedad” que aparentemente recibió a 30 de junio de 1992 por un monto de $340.156,52, según certificado expedido por la empresa que custodia las hojas de vida de los empleados de las antiguas Empresas Públicas de Pereira (Fl. 39), no puede corresponder al denominado incremento mensual por antigüedad de que trata el Decreto 1042 de 1978, tal como se acaba de ver. Tampoco es una prestación social o elemento salarial de origen legal, pues no hay precepto legal que la contemple. En esas condiciones podría pensarse que es un prestación o emolumento de carácter extralegal, lo cual resultaría extraño porque la demandante no era una trabajadora oficial sino una empleada pública vinculada al establecimiento público llamado “Empresas Públicas de Pereira” bajo una relación legal y reglamentaria.

Aunado a lo anterior, el pago de la denominada prima de antigüedad no se repite en los certificados y desprendibles de nómina que la Empresa de Energía y la Alcaldía de Pereira allegó al proceso (Fl. 414), tampoco en la relación de nómina que en febrero del año 1997 expidió la oficina de recursos humanos de las Empresas Públicas de Pereira (documento allegado por la misma demandante, visible en el folio 31), en el que se señala que la demandante y otro importante número de empleados de la empresa, devengaban mensualmente la asignación básica más los gastos de representación, pero ninguno de ellos percibió suma alguna por concepto de “prima de antigüedad”. Valga subrayar que pese a que dicho documento corresponden al registro documental de los pagos de principios del año 1997, no muestran mayor variación respecto al pago que la demandante recibió a 30 de junio del año 1992.

En este orden, la demandante no acreditó que la mentada prima extralegal de antigüedad era de carácter habitual, tampoco demostró que fuera un incremento salarial que origine el aumento de la remuneración mensual según el tiempo de servicios, pues bien parece que se causa por una sola vez al año -si nos atenemos al contenido escueto de la citada certificación- circunstancia que permite afirmar que por ser percibida de manera única atendiendo el tiempo de servicios, ello descarta el carácter de periodicidad que identifica a la prima de antigüedad como factor salarial reportable al ISS o las antiguas cajas de previsión social, de acuerdo al artículo 3º de la Ley 33 de 1990, modificada por la Ley 62 del mismo año.

**4.4. FECHA DE DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS)**

Se corrobora que en efecto la demandante elevó solicitud de pensión al Fondo de Pensiones Porvenir el 29 de septiembre de 2011 (Fl. 45), que la AFP rechazó la solicitud mediante oficio No. 2410, sin fecha, al encontrar que el saldo existente en la cuenta de ahorro pensional de la afiliada no le permitía financiar una pensión equivalente al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente se observa en el expediente la comunicación No. 0200001089023800 del 7 de diciembre de 2011 (Fl. 243), en la que la AFP demandada le informa a la señora RAMIREZ MUTIS que *“en su caso particular se observa que la Historia Laboral Oficial que dará lugar al trámite del Bono de Pensional no se encuentra firmada (…)”*  en razón de lo cual la requiere para que se sirva revisar un documento adjunto y de estar de acuerdo con la información aquí detallada la firme en señal de aceptación de la emisión del Bono Pensional.

Frente a dicha respuesta, el 19 de abril de 2012, por escrito, el apoderado de la demandante insistió ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la solicitud de emisión, redención y pago del Bono Pensional a favor de su representada, a lo que respondió el Jefe de esa oficina el 10 de mayo de 2012, indicándole que por expreso mandato del artículo 20 del Decreto 1513 de 1998, dicha solicitud la debe adelantar por cuenta del afiliado la AFP PORVENIR, sin embargo le informó que el Bono Tipo A, al cual tiene derecho, donde el emisor es la Nación y participa como contribuyente el ISS de Liquidación Provisional, se encontraba en estado de Liquidación provisional y su fecha de redención normal se llevaría a cabo el día 21 de septiembre de 2014, fecha en que su titular arribaría a la edad de 60 años, de conformidad con el artículo 20 del Decreto 1748 de 1995 (Fl. 245).

Así mismo, el 17 de mayo de 2012 la AFP le informó a la demandante que estaba a la espera de la emisión del bono pensional ante el Ministerio de Hacienda (Fl 249).

Ya finalmente el 30 de mayo de 2012 le ofreció la redención anticipada del bono y solicitó autorización para negociarlo en el mercado de valores, enseñándole las ofertas efectuadas por Interbolsa y Asesores en Valores, por valor de $134.534.834 (Fl. 251 y 253). El 27 de junio de 2012, una vez consignado el monto de la venta del Bono, la notificó del reconocimiento de su pensión vejez a partir del 1º de junio de 2012, en cuantía de $688.252.

Haciendo un breve recorrido por todas esas actuaciones, se advierte que la AFP demandada actuó de manera diligente al resolver la reclamación pensional elevada por la actora y que la tardanza de casi nueve (9) meses para reconocer la prestación por vejez, obedece al hecho de que solo hasta el 4 de junio de 2012 fue acreditado el valor total del bono en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, dado el tiempo que se toma el trámite que debe surtirse ante el MINISTERIO DE HACIENDA para su emisión y al breve tiempo que se tardó su negociación anticipada en el mercado de valores.

Ello así, dando alcance al contenido del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, la pensión de vejez de la actora solamente vino a hacerse exigible a partir del momento en que se consolidó en su cuenta de ahorro individual el capital suficiente para financiar dicha prestación, lo cual ocurrió desde el momento en que se cerró la venta del bono pensional que redimió de manera anticipada el 4 de junio de 2012, pues su redención normal, como atrás fue señalado, estaba prevista para el 21 de septiembre de 2014[[6]](#footnote-6).

Bajo esas condiciones no es viable el reconocimiento del retroactivo de la pensión como fue pedido en la demanda.

Corolario de lo anterior, se confirmara la decisión de primera instancia y se impondrán las costas procesales de esta instancia a la demandante y a favor de los demandados.

En mérito de lo expuesto, **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA LABORAL No. 1**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO**.- **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de julio de julio de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARIA CLEMENCIA RAMIREZ** contra de **LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA** y otros.

**SEGUNDO**.- **CONDENAR** a la demandante al pago de las costas procesales de segunda instancia. Liquídense en sede de primer grado.

**NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS.**

**CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

Secretaria Ad-hoc

1. Art. 72 del Decreto 3063 de 1989, aprobatorio del Acuerdo 044 de 1989 [↑](#footnote-ref-1)
2. Lo mismo que en las sentencias T-801/06, T-910/06, 920/06 y 1087/06 [↑](#footnote-ref-2)
3. expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios y que se refiere a aspectos centrales como el registro, inscripción, afiliación y adscripción a los mencionados seguros del ISS. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver igualmente el Acuerdo 30 de 1996 (Fl. 342), por medio del cual el Concejo Municipal de Pereira autoriza al Alcalde de Pereira para transformar el establecimiento público de “Empresas Públicas de Pereira” en sociedades por acciones; el acta final de liquidación del establecimiento público (Fl. 350). [↑](#footnote-ref-4)
5. Al respecto se puede consultar Younes Moreno, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Novena Edición. Temis. Año 2001. Páginas 98,99 y 100. [↑](#footnote-ref-5)
6. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, la pensión se causa cuando el afiliado reúne en una cuenta de ahorro individual el capital necesario para financiar la pensión de vejez. Esta característica distintiva del RAIS, consiste en que la pensión de vejez no está sometida, prima facie, a requisitos de edad y cotizaciones, ya que su reconocimiento, como ya se dijo, depende exclusivamente de la cantidad de dinero que el afiliado tenga depositado en su cuenta.

   A su vez, la cuenta de ahorro individual está conformada por cuatro componentes: las cotizaciones obligatorias, las cotizaciones voluntarias, el rendimiento financiero y los bonos pensionales. El afiliado tendrá derecho a la pensión a cualquier edad, siempre que la suma de los mentados componentes a la fecha de la reclamación pensional, permita financiar como mínimo una pensión equivalente al 110% del S.M.L.M.V. (Ley 100, Art. 64).

   la normatividad vigente crea un problema en lo que tiene que ver con la redención de bonos pensional a favor de la mujeres, pues la norma original de la Ley 100 había dispuesto que tal redención se haría a la edad de 57 años (edad mínima de pensión), mientras que la norma del Decreto Legislativo 1299 de 1994 la aumentó a 60 años, lo cual supone que la fecha de redención normal del bono pensional a favor de una mujer no coincide con la fecha en que ella llega a la edad mínima de pensión, sino tres (3) años después, lo que hace siempre necesario que aquellas que se quieran pensionar a la edad de 57 años, siempre se vean obligadas a redimir anticipadamente su bono, asumiendo la pérdida económica que una negociación anticipada supone; lo cual no ocurre en el caso de los hombres, pues para ellos la redención normal de su bono es a los 60 años, es decir, desde el preciso instante en que llegan a la edad mínima de pensión (en estos términos se pronunció esta ponente en la sentencia del 15 de abril de 2016, dentro del proceso radicado bajo el denominativo serial abreviado No. 2014-00113). [↑](#footnote-ref-6)