REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 015-2020-00107-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de Dos Mil Veintidós (2022)

DEMANDANTE: **EDUVIN TOVAR MORA**
DEMANDADOS: **FONCEP**
ASUNTO : **RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDANTE.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15° Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de la parte demandante y demandada presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 3 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor EDUVIN TOVAR MORA, instauró demanda ordinaria laboral contra el FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES-FONCEP, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 2-28):

PARTE CONDENATORIA:

1) **CONDENAR al FONCEP** a reliquidar la pensión, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicio, así como una tasa de reemplazo equivalente al 85% del Ingreso base de liquidación.
2) **CONDENAR** a la entidad demandada a pagar las diferencias generadas por la reliquidación, en una suma equivalente a $99.267.139
3) **CONDENAR** al FONCEP a reconocer y pagar los intereses moratorios o subsidiariamente a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.
4) Costas procesales.

CONTESTACION DEMANDA

EL FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES-FONCEP, dio contestación al escrito de demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia del escrito que obra de folio 103 a 107.

Mediante auto de fecha 06 de agosto de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, **ADMITIÓ** el escrito de contestación presentado por el FONCEP (folio 122).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 15° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 30 de septiembre de 2021, **ABSOLVIÓ** al FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES-FONCEP, de las pretensiones incoadas en la demanda, DECLARÓ demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y **CONDENÓ** en costas, a la parte actora.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** apeló el fallo de primera instancia:

RELIQUIDACION DEL DERECHO PENSIONAL: "*Efectivamente no se comparte el hecho de que el régimen de transición, no cobije el ingreso base de liquidación, para el monto de la mesada pensional, ya que eso implicaría desmembrar tal régimen, puesto que la ley 33 de 85, en su artículo 1 precisamente indica, que el salario promedio que servirá de base será el del último año de servicio, teniendo*

como tal un IBL muy superior con el que liquidó Foncep en la Resolución 288 de 2017, también es necesario indicar que tal como lo indico el señor juez, esta si corresponde a una expectativa que tenía por lo menos el demandante en ese sentido, debido a la naturaleza de su cargo, como servidor público de la unidad de bomberos, además es importante resaltar, que como ya se dijo, en todos los escenarios, el régimen de transición lo cubre y cumple con los requisitos la parte demandante, y por ello con lo dicho anteriormente respecto de la ley 33 consideramos que se vulneraria si, el principio de favorabilidad, ahora bien generalmente, en el sentido de la tasa de reemplazo siempre en el marco de las pensiones especiales de vejez, se liquida con base a una tasa de reemplazo del 85% previo a la entrada en vigencia de la Ley 100, hasta ese porcentaje podía ascender y como consecuencia de ellos, este sería precisamente la tasa de reemplazo que debía ser aplicada como lo hemos indicado, en ese sentido dejo presentada la apelación."

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicio y una tasa de reemplazo del 85%.

ESTATUS DE PENSIONADA.

No es objeto de controversia en esta instancia que el FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES-FONCEP, mediante Resolución n.°1288 del 4 de agosto de 2017, le reconoció pensión de jubilación al demandante, con fundamento en la Ley 33 de 1985 , efectiva a partir del 6 de diciembre de 2016, en cuantía de $1.456.611, pero con efectos fiscales desde el retiro definitivo del servicio (folio 31-34)

Finalmente, está probado que por Resolución n.°000804 del 31 de julio de 2019, la entidad demandada negó la reliquidación pensional, peticionada por cuanto no se evidenció que el accionante hubiese realizado una cotización especial por actividad de alto riesgo (folio 39)

RELIQUIDACION PENSIONAL

Analizado el escrito de demanda, entiende esta Sala de Decisión, que como quiera que esta instancia, no existe discusión frente a la norma aplicada por la entidad llamada a juicio, para el reconocimiento del derecho pensional- Ley 33 de 1985- mas cuando al sustentar el recurso de apelación, adujo: "*puesto que la ley 33 de 85, en su artículo 1 precisamente indica, que el salario promedio que servirá de base será el del último año de servicio, teniendo como tal un IBL muy superior con el que liquidó Foncep en la Resolución 288 de 2017*", el problema jurídico a resolver solo se centra en que el IBL, se debe sujetar a la totalidad de factores salariales devengados durante todo el año de servicio.

Así las cosas, tenemos que en lo referente al ingreso base para liquidar las pensiones de vejez de los afiliados que se encuentran dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es pertinente aclarar que los regímenes anteriores a la normatividad mencionada, Ley 71 de 1988, Acuerdo 049 de 1990 o Ley 33 de 1985, es aplicable en cuanto a edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto, entendido este último como porcentaje; presupuestos que según dan cuenta los actos administrativos fueron aplicados al actor, pues respecto de las demás condiciones y requisitos, rigen las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993. (folio 35-37).

Al respecto la Sala de Casación Laboral en sentencia con radicación 52320 de 2017, ha precisado: "*la Sala de tiempo atrás tiene definido que en torno al régimen de transición previsto en la Ley de Seguridad Social, el legislador les respetó a sus beneficiarios solo 3 aspectos: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y (iii) el monto, que consignara la disposición anterior por aplicarles.*". Criterio que además ha sido expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015.

Así mismo, el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinó los parámetros para calcular el IBL, si al afiliado (a) le hacía falta menos de 10 años para adquirir el derecho al 1º de abril de 1994, en tanto que el artículo 21 de la referida Ley, reguló el IBL para quienes les hacía falta más de 10 años para obtener la prestación, norma esta última que acogió la entidad demandada.

Frente al tema, nuestro máximo órgano de cierre de la Jurisdicción ordinaria laboral, adoctrino en la sentencia SL2510 de 2017 y SL208 de 2022, lo siguiente:

> *"Entonces, respecto al ingreso base de liquidación, esta Sala, por mayoría, tiene adoctrinado que tratándose de las personas beneficiarias del régimen de transición que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, se rige por lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 ibidem y, para aquellas que les faltare 10 años o más para consolidar su derecho, como en este asunto, se liquida de acuerdo con lo contemplado en el artículo 21 de la misma."*

Entonces, el Ingreso base de liquidación del actor, se debía sujetar a los enunciados de la Ley 100 de 1993, y no en lo previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo anterior, en nada erró el FONCEP, al negar la reliquidación de la pensión de jubilación, como quiera que la prestación debía ser liquidada con base a las cotizaciones realizadas en los últimos 10 años, conforme lo determina el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, norma que le era aplicable al accionante EDUVIN TOVAR MORA, dado que para la fecha en que entró a regir el sistema de seguridad social integral, le hacían falta más de 10 años para adquirir el derecho pensional, ya que la edad la adquirió hasta el 14 de enero de 2009 (folio 30)

Ahora, frente a la tasa de reemplazo o monto, en primer lugar se debe indicar que la Ley que le fue aplicable-*Ley 33 de 1985*-, permite un porcentaje máximo del 75% independiente del número de semanas.

Adicionalmente se considera, que si lo peticionado era la aplicación del Decreto 2090 de 2003, en lo referente a la pensión especial por actividades de alto riesgo, o su normatividad anterior, lo cierto es que, estas normas no fueron invocadas en el recurso de apelación, sumado a que de acceder a ello, iría en contravía del principio de inescindibilidad, toda vez que lo peticionado por el actor, es la aplicación de lo favorable de cada norma, pues el Ingreso base de liquidación, pretende se realice bajo los parámetros del artículo 1 de la ley 33 de 1985, en tanto para el monto, el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Los argumentos expuestos resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al demandante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de las entidades accionadas; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 15° Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de septiembre de 2021, según se expuso.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad 11001310501520200010701)

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
(Rad 11001310501520200010701)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad 11001310501520200010701)