REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Providencia:	*Sentencia de Segunda Instancia, martes 27 de 2012.*
Radicación No:	*66001-31-05-002-2010-01208-01*
Proceso:	*Ordinario Laboral*
Demandante:	*Luís Ángel Martínez Álvarez*
Demandados:	*Instituto de los Seguros Sociales.*
Juzgado de origen:	*Segundo Laboral del Circuito de Pereira – Adjunto No. 1..*
Magistrado Ponente:	*Humberto Albarello Bahamón*
Tema a tratar:	***Carga de la Prueba:*** *Quien alega que la entidad encargada de liquidar la pensión ha cometido un error al efectuar el cálculo del ingreso base de liquidación, debe adelantar todas las gestiones posibles para obtener las pruebas que demuestren el error.*

Magistrado Ponente: ***HUMBERTO ALBARELLO BAHAMON***

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO:

Siendo las dos y veinte minutos de la tarde (2:20 p.m.) del día de hoy, martes veintisiete (27) de marzo de dos mil doce (2012), fecha y hora señalada con el fin de llevar a término la *"audiencia de juzgamiento"* dentro del proceso de la referencia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituyó en *"audiencia pública"* y para los fines indicados la declaró abierta. Seguidamente se profirió el siguiente ***"FALLO"*****,** el cual fue discutido y aprobado mediante acta No. 53.

I. OBJETO DE DECISIÓN:

Procede esta Sala a desatar el grado jurisdiccional de la Consulta respecto de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2011 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira – Adjunto No. 1.

II. ANTECEDENTES:

Luís Ángel Martínez Álvarez promovió proceso ordinario contra el ***Instituto de Seguros Sociales,*** a fin de obtener las siguientes

III. PRETENSIONES:

Se modifique la resolución 0364 del 10 de febrero de 2004 mediante la cual el ***ISS*** le reconoció al actor pensión de vejez, dándosele aplicación al acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, liquidándose nuevamente el *IBL* y se cancelen *$206.736.94* mensuales para el 2004, y para los años subsiguientes el incremento conforme al IPC, junto con el interés moratorio, indexación y costas.

IV. HECHOS:

Se arguye como a ***Luís Ángel Martínez Álvarez*** nació el 25 de febrero de 1941 y cumplió 60 años el mismo día del 2001, reuniendo los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo el Acuerdo 049 de 1990, en tanto el ***ISS*** mediante resolución 0364 del 10 de febrero de 2004 le reconoció la prestación, indicando que su IBL fue liquidado conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 resultando en una tasa de reemplazo del 71%, pero que de aplicársele el Acuerdo 049, su tasa de reemplazo corresponde al 84%, lo que arroja como monto de la primera mesada pensional $656.199.94, presentando a su favor diferencia de *$206.736.34.*

V. TRÁMITE PROCESAL:

El ***Instituto de Seguros Sociales*** se opuso a las pretensiones y excepcionó *"inexistencia de la obligación demandada" "prescripción", "compensación" e "improcedencia de los intereses de mora"*.

VI. FALLO DE PRIMER GRADO:

La instancia precedente negó las pretensiones del introductorio y condenó a ***Luís Ángel Martínez Álvarez*** al pago de las costas procesales. Para el efecto, consideró que si bien el actor es beneficiario del régimen de transición, no es posible reconocer la gracia pensional bajo las prerrogativas del Acuerdo 049 de1990, toda vez que el promotor de la litis cotizó tanto a entidades del sector público y como al ***ISS***. A más de lo anterior, la *A quo* verificó que el actor no llena la exigencia de las cotizaciones contenida en el referido acuerdo para acceder a la pensión de vejez teniéndole en cuenta solo los tiempos cotizados al ***ISS.***

VII. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Respecto del proveído en cita se ordenó la Consulta ante este Cuerpo Colegiado y surtido el trámite procesal de la instancia, se procede a desatar la alzada, para lo cual se hacen las siguientes

VIII. CONSIDERACIONES:

1. De los presupuestos procesales:

A más de no observarse nulidad que invalidare lo actuado, se encuentran acreditados los presupuestos de la acción, pues siendo esta Corporación competente para desatar la alzada, hay demanda en forma, en tanto que los extremos de la relación procesal, además de tener capacidad para ser parte, la tienen para comparecer en juicio.

2. Problema jurídico:

*¿Cuál es el régimen transitivo aplicable para el reconocimiento de la pensión de vejez de **Luís Ángel Martínez Álvarez**?*

¿En el presente caso que norma se debe aplicar para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación?

3. Desenvolvimiento de la problemática planteada.

3.1. Del régimen de Transición: De cara al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son tres (3) los grupos de personas que tienen la posibilidad de ser beneficiarios del régimen de transición, siempre y cuando al 1º de abril de 1994 cumplieran con los siguientes requisitos: *(i) Tener 35 o más años de edad en el caso de las mujeres. (ii) Tener 40 o más años de edad si se es hombre. (iii) Tener 15 o más años de servicios cotizados independientemente de la edad.*

Resulta acertado predicar que cuando una persona es beneficiaria del régimen de transición, tiene la posibilidad de que se le apliquen para efectos de su gracia pensional, las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto establecidos en el régimen anterior al cual estuviere vinculada. Luego, si ***Luís Ángel Martínez Álvarez*** nació el 25 de febrero de 1941, como lo acepta el ente reo procesal en la resolución 0364 de 2004 y la contestación de la demanda (Fls. 6 y 21), para el 1º de abril de 1994 tenía 53 años de edad, circunstancia que lo hace beneficiario del régimen de transición.

3.2. Del régimen Anterior aplicable: Resulta prudente advertir que la situación que concita la atención de la Sala, teniendo en cuenta las cotizaciones hechas a entidades del sector público y privado, debería examinarse bajo las previsiones de la Ley 71 de 1988, que en su artículo 7 establece:

"A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional,

departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas."

Norma que exige dos (2) presupuestos para que la persona pueda acceder a la pensión de vejez: (i) La edad, que para el caso de los hombres debe ser al menos de 60 años. (ii) Acreditar 20 años de aportes cotizados en cualquier época de la vida, en una o varias entidades de previsión social, sean estas públicas o privadas.

3.3. De la norma para calcular el IBL: El artículo 36 de la Ley 100 estableció en su inciso tercero que la forma en que debe ser calculado el ingreso base de liquidación de las personas que son beneficiarias del régimen de transición, precisando que (…) *"el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Indice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

4. Caso concreto:

4.1. En el presente asunto pretende el accionante se calcule nuevamente su ingreso base de liquidación con arreglo a las previsiones del acuerdo 049 de 1990, para luego reliquidar la primera mesada pensional, sin embargo cómo ya se dijo atrás esta verificación procede bajo los lineamientos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, teniendo en cuenta el total de tiempos cotizados durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión o las cotizaciones efectuadas durante toda la vida laboral siempre y cuando esta sea más favorable.

Ahora la Sala vislumbra que lo pedido por el accionante es que se le aplique el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 con arreglo a las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, para efectos de calcular su mesada pensional, análisis que no es posible realizar, debido a que como quedó sentado atrás no es esa la norma que regula la particular situación del accionante, sino la Ley 71 de 1988, debido a las cotizaciones efectuadas por ***Martínez Álvarez*** al sector público y privado.

Y como en la demanda original no se solicitó que el asunto se analizara a la luz del cuerpo normativo que esta Sala ha concluido es el que regula el régimen de transición del señor ***Luís Ángel Martínez Álvarez,*** y teniendo en cuenta que esta Superioridad no está facultada para resolver por fuera de lo pedido en la demanda –*extra petita*- ni más allá de lo reclamado en el libelo introductor -*ultra petita-,* es claro, entonces, que no es posible para la Colegiatura desbordar sus facultades y proceder hacer el estudio planteado puesto que con ello se estaría quebrantando el principio de congruencia.

5. Conclusión: De los considerandos anteriores, surge claramente que el proveído consultado debe ser confirmado en todas sus partes.

IX. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la ***Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira - Risaralda,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Confirmar el proveído consultado y proferido el veintiséis (26) de agosto de dos mil once (2011) por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira – Adjunto No. 1., dentro del proceso ordinario laboral

promovido por ***Luís Ángel Martínez Álvarez*** contra el ***Instituto de Seguros Sociales***.

2. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Quedan las partes notificadas en ***ESTRADOS.***

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma por quienes en ella intervinieron,

HUMBERTO ALBARELLO BAHAMON
Magistrado

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado

MÓNICA ANDREA JARAMILLO ZULUAGA
Secretaria