***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 23 de junio de 2016.

**Radicación No**:66001-31-05-004-2014-00543-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Alonso García Gallego

**Demandado:** Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-

**Juzgado de origen**: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Tema a tratar: Cálculo del ingreso Base de Liquidación:** para quienes les faltare diez (10) o más años, en el artículo 21 de la misma norma, cuyo contenido establece que el IBL correspondería al promedio de las sumas sobre las cuales el afiliado haya efectuado sus cotizaciones en los 10 años que anteceden al reconocimiento de la prestación o el de toda la vida si llegare a ser superior, sin embargo, para calcular el monto pensional con las cotizaciones efectuadas durante toda la vida, el afiliado deberá tener más de 1250 semanas. **De las categorías de cotización del Seguro Social antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993:** la jurisprudencia constitucional se ha encargado de señalar que la liquidación de las pensiones debe hacerse con base en la asignación realmente devengada por el trabajador, pues hacerlo a partir de una asignación distinta implicaría un trato discriminatorio y un desconocimiento al principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales, toda vez que el legislador pese a su amplia facultad de configuración en materia de seguridad social, no está facultado para excluir el salario del trabajador como elemento determinante del monto de su pensión. No obstante, dicha Corporación también hizo hincapié en la importancia de respetar los límites máximos que establece la ley para preservar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en pensiones, que tiene como fundamento el artículo 48 de la C.N.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintitrés (23) días del mes de junio de dos mil dieciséis (2016), siendo las siete y treinta minutos de la mañana (7:30 a.m.), reunidos en la Sala de audiencias la magistrada y los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia proferida el 9 de abril de 2015 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Alonso García Gallego*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se tiene que el demandante pretende que se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reliquidar el IBL de la pensión de vejez que le fue reconocida mediante Resolución No.103190 del 13 de junio de 2011, con el promedio de lo devengado en los últimos diez años, con una tasa de remplazo del 90 y se ordene el pago de la diferencia pensional, junto con la indexación y las costas procesales.

Fundamenta sus pedimentos, básicamente en que, el 16 de marzo de 2011 presentó la solicitud pensional ante la entidad de seguridad social, la cual fue resuelta a través de la Resolución No. 103190 del 13 de junio de 2011, reconociendo la prestación económica a partir del 15 de marzo de 2011, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dada la calidad de beneficiario del régimen de transición que ostenta; que la liquidación se basó en 1365 semanas, con un IBL de $5`243.628 al cual se aplicó una tasa de remplazo del 90%, resultando una primera mesada pensional de $4`719.265; y que el 28 de noviembre de 2011 solicitó la reliquidación de la pensión y que la misma fue resuelta desfavorablemente mediante Resolución No. 2012-1068363.

La entidad citada al proceso, aceptó los hechos relacionados con la fecha de natalicio del actor, la calidad de pensionado, el monto de la prestación pensional y la petición de reliquidación. Se opuso a las pretensiones de la demanda y en defensa de sus intereses invocó como medios exceptivos los de *“Inexistencia de la obligación demandada”* y *“Prescripción”.*

Tramitada la primera instancia, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, profirió fallo en el que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, reconociendo que el actor tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, en cuantía de $4`734.692,93 para el año 2011, que se tiene de obtener un IBL de $5`260.769 y aplicar una tasa de remplazo del 90 %. Declaró que la mesada pensional para el año 2015 alcanza un valor de 5`316.448 y condenó a la entidad demandada al pago de $909.402, por concepto de diferencia pensional causada desde el 15 de marzo de 2011 al 15 de marzo de 2015, debidamente indexada.

Inconforme con la anterior determinación, se alzó la parte demandante en orden a que esta segunda instancia revise la liquidación efectuada por la Jueza a-quo, por cuanto existen inconsistencias respecto de la liquidación aportada en la demanda en cuanto al número de días, pues debió efectuarse con base en 3.600 días, y al ingreso base de cotización, dado que en el Seguro Social existían categorías predeterminadas de cotización,  conforme la tabla de categorías y aportes que establecían los Decretos 1825 de 1965, 1036 de 1972, 2680 de 1974, entre otros.

Además del recurso sintetizado, se dispuso la consulta de la providencia, por afectarse a Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPTSS.

***Del problema jurídico.***

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

¿El demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, con base en el promedio de lo devengado en los últimos 10 años?

¿Hay lugar a cancelar alguna suma por concepto de diferencia pensional?

¿Le asiste razón al recurrente al pretender el incremento del Ingreso Base de Cotización de algunos ciclos?

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte recurrente.

 Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

***II. CONSIDERACIONES:***

Sabido es que los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a que las condiciones pensionales de edad, tiempo y monto se rijan por las disposiciones anteriores que les resulten aplicables, no así el ingreso base de liquidación, el cual se encuentra regulado de manera expresa en la Ley 100 de 1993.

En ese orden, se ha considerado que a quienes les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, el IBL se encuentra expresamente regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mientras que para aquellos a los que les faltare diez (10) o más años, en el artículo 21 de la misma norma, cuyo contenido establece que el IBL correspondería al promedio de las sumas sobre las cuales el afiliado haya efectuado sus cotizaciones en los 10 años que anteceden al reconocimiento de la prestación o el de toda la vida si llegare a ser superior, sin embargo, para calcular el monto pensional con las cotizaciones efectuadas durante toda la vida, el afiliado deberá tener más de

1250 semanas.

En el caso en estudio, conforme la documental que reposa en el expediente, es un hecho indiscutido que el demandante ostenta la calidad de pensionado y es beneficiario del régimen de transición y que a partir de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones -1º de abril de 1994- le hacían falta más de 10 años para consolidar su derecho, toda vez que cumplió la edad de 60 años el 15 de marzo de 2011 –ver fl.59-.

Por manera que, el periodo que debió tener en cuenta el antiguo ISS a efectos de liquidar la pensión de vejez, era el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión o toda la vida laboral, por contar con más de 1.250 semanas de aportes al sistema, tal cual lo concluyó la sentenciadora de primer grado.

Ahora bien, frente a la liquidación efectuada por la a-quo, alega el recurrente que la misma presenta diferencias con respecto a la que fue exhibida en el libelo introductor, básicamente en el número de días tenidos en cuenta y en el IBC de algunos ciclos, los cuales fueron cotizados atendiendo la tabla de categorías y aportes del Seguro Social establecida en los Decretos 1825 de 1965, 1036 de 1972, 2680 de 1974, 3090 de 1979, 2630 de 1983, 2879 de 1985, 2610 de 1989 y 1476 de 1992, razón por la que solicita su revisión.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de señalar que la liquidación de las pensiones debe hacerse con base en la asignación realmente devengada por el trabajador, pues hacerlo a partir de una asignación distinta implicaría un trato discriminatorio y un desconocimiento al principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales, toda vez que el legislador pese a su amplia facultad de configuración en materia de seguridad social, no está facultado para excluir el salario del trabajador como elemento determinante del monto de su pensión.

No obstante lo anterior, dicha Corporación también hizo hincapié en la importancia de respetar los límites máximos que establece la ley para preservar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en pensiones, que tiene como fundamento el artículo 48 de la C.N, por lo que en sentencia T- 1036 de 2005, determinó que la omisión de reportar el salario realmente devengado cede ante los límites máximos del salario asegurable impuestos por la ley, amén de que el salario a tener en cuenta en la liquidación de la pensión y de las demás prestaciones sociales es el cotizado a la entidad de seguridad social.

En ese sentido, considera la Sala que si bien en el caso de autos el ex empleador Federación Nacional de Cafeteros, por mandato legal, cotizó sobre una base inferior a la realmente devengada por el demandante, en virtud a que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, existían categorías predeterminadas de cotización en el Seguro Social, no es procedente efectuar la liquidación del IBL con base en los salarios que se aluden en el libelo de demanda, habida cuenta que:

1. No se acreditó que tales salarios fueran los que realmente devengó el actor para los ciclos de octubre de 1991 a diciembre de 1993, pues ninguna prueba se allegó en tal sentido.
2. Tampoco se convocó a juicio a dicho empleador a efectos de que cancelara las sumas correspondientes a los aportes o cotizaciones que no fueron pagados en debida forma, en razón a que fueron liquidados teniendo en cuenta un salario inferior al realmente devengado por el actor, por lo que mal haría este cuerpo colegiado en emitir condena en su contra, sin darle siquiera la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción y de defensa.
3. La Constitución Política, la jurisprudencia atrás citada y el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, establecen que para la liquidación de la pensión deberán tenerse en cuenta los salarios sobre los cuales el afiliado hubiere efectuado las cotizaciones.

Por lo expuesto, no prospera este segmento del recurso de alzada interpuesto por el demandante.

En torno al ataque consistente en que el cálculo del IBL realizado por la a-quo existe una inconsistencia en el número de días tenidos en cuenta, por cuanto incluye un total de 3.650 días, cuando lo correcto era fijar 3.600, estima la Sala que razón le asiste al recurrente, pues es conocida la posición de que el equivalente a 10 años efectivamente cotizados, representan 3.600 días. Prospera, por ende, este punto de la apelación.

Efectuado el cálculo correspondiente con el promedio de los salarios devengados en los últimos diez años, que para el presente caso se enmarcan en el lapso comprendido en el 15 de febrero de 1992 y el 30 de noviembre de 2001, se obtiene un IBL de $5`250.135 que al aplicarle una tasa de remplazo del 90 %, arroja una mesada inicial de $4`725.122, es decir, inferior al quantum reconocido por la a-quo en cuantía de $4`734.692,93, tal como se ilustra en la tabla que se pone de presente a los asistentes y hará parte integrante del acta que se suscriba con ocasión de esta diligencia.

Así las cosas, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor la entidad accionada, se dispondrá la modificación del valor de la primera mesada pensional, en la cuantía antes indicada.

Respecto a la excepción de prescripción, la misma no opera frente al derecho en sí a la reliquidación de la prestación, por tratarse de la definición de la regla jurídica para calcular el IBL de la pensión de vejez. Tampoco recae sobre las diferencias pensionales, pues la interrupción de la prescripción se dio con la reclamación administrativa del 28 de noviembre de 2012 (fl.20), tal cual lo dispuso la a-quo.

En cuanto a la condena por concepto de reajuste pensional entre el 15 de marzo de 2011 y el 31 de mayo de 2016, es decir incluyendo el valor de las diferencias causadas hasta la emisión de esta providencia, se obtiene un monto equivalente a $495.741, el cual ha sido debidamente indexado a la fecha, tal cual se ilustra en el siguiente cuadro que también se pone a disposición de las partes y hará parte del acta que se suscriba al final de la diligencia.

El monto de la mesada pensional para el año 2016 asciende a la suma de $5.664.897, por lo que habrá que modificar el ordinal 3º de la sentencia, en el sentido de ordenar a Colpensiones que proceda a incluir en nómina de pensionados el valor de la mesada reconocida a partir del mes de junio de 2016.

 Sin costas en esta instancia.

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

***FALLA***

1. *Modifica* el ordinal 2º de la sentencia proferida el 9 de abril de 2015 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia***,*** en el sentido de indicar que el valor de la mesada pensional para el 2011 es de $4`725.122.
2. *Modifica* el ordinal 3º de la providencia, para indicar que el valor de la diferencia por reajuste pensional causada entre el 15 de marzo de 2011 y el 31 de mayo de 2016, es decir, incluyendo el valor de las diferencias generadas a la emisión de esta providencia asciende a $495.741, monto que se encuentra debidamente indexado a la fecha, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución. Así mismo ordenar a Colpensiones que proceda a incluir en nómina de pensionados el valor de la mesada pensional reconocida para el año 2016, en cuantía de $5.664.897.
3. **Confirma** en todo lo demás.
4. Sin costas en esta instancia**.**

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Magistrada

**ANEXO** **I**

**IBL ULTIMOS 10 AÑOS**

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| ***Fecha de nacimiento:*** | *15-mar-51* |  |  |  |  |  |
| ***Fecha reconocimiento pensión:*** | *15/03/2011* |  |  |  |  |  |
| ***Total semanas cotizadas:*** | 514,29 |  | ***Tasa Ley 100/93:***  | **NO** | ***90,00%*** |  |
|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| ***HISTORIA LABORAL DEL AFILIADO*** |  | ***Ingreso Base de cotización actualizado*** | ***IPC Dane (serie de empalme)*** | ***Promedio Salarial (Dias x IBC actualizado/total dias)*** |
| ***Fechas de aporte*** | ***Número de días*** | ***Ingreso Base de Cotización*** |  | ***IPC Final*** | ***IPC Inicial*** |
| ***Empleador*** | ***Desde*** | ***Hasta*** |  |
|  | *15.02.92* | *29.02.92* | *15* |  *665.070,00*  |  |  ***5.034.800,09***  |  *105,24*  |  *13,90*  |  *20.978*  |
|  | *01.03.92* | *31.10.92* | *245* |  *710.499,00*  |  |  ***5.378.712,66***  |  *105,24*  |  *13,90*  |  *366.051*  |
|  | *01.11.92* | *31.12.92* | *61* |  *710.499,00*  |  |  ***5.378.712,66***  |  *105,24*  |  *13,90*  |  *91.139*  |
|  | *01.11.92* | *31.12.92* | *61* |  *559.774,00*  |  |  ***4.237.674,51***  |  *105,24*  |  *13,90*  |  *71.805*  |
|  | *01.01.93* | *31.07.93* | *212* |  *665.070,00*  |  |  ***4.023.533,20***  |  *105,24*  |  *17,40*  |  *236.941*  |
|  | *01.08.93* | *31.12.93* | *153* |  *895.695,00*  |  |  ***5.418.765,80***  |  *105,24*  |  *17,40*  |  *230.298*  |
|  | *01.01.94* | *31.12.94* | *365* |  *1.092.741,00*  |  |  ***5.391.863,29***  |  *105,24*  |  *21,33*  |  *546.675*  |
|  | *01.01.95* | *30.04.95* | *120* |  *1.317.000,00*  |  |  ***5.300.680,92***  |  *105,24*  |  *26,15*  |  *176.689*  |
|  | *01.05.95* | *31.05.95* | *30* |  *1.620.000,00*  |  |  ***6.520.199,77***  |  *105,24*  |  *26,15*  |  *54.335*  |
|  | *01.06.95* | *31.12.95* | *210* |  *1.433.000,00*  |  |  ***5.767.559,42***  |  *105,24*  |  *26,15*  |  *336.441*  |
|  | *01.01.96* | *31.12.96* | *360* |  *1.713.000,00*  |  |  ***5.771.028,38***  |  *105,24*  |  *31,24*  |  *577.103*  |
|  | *01.01.97* | *30.06.97* | *180* |  *2.083.000,00*  |  |  ***5.769.152,40***  |  *105,24*  |  *38,00*  |  *288.458*  |
|  | *01.07.97* | *31.12.97* | *180* |  *1.713.000,00*  |  |  ***4.744.386,97***  |  *105,24*  |  *38,00*  |  *237.219*  |
|  | *01.01.98* | *31.12.98* | *360* |  *2.021.000,00*  |  |  ***4.756.317,92***  |  *105,24*  |  *44,72*  |  *475.632*  |
|  | *01.01.99* | *31.12.99* | *360* |  *2.365.000,00*  |  |  ***4.769.286,95***  |  *105,24*  |  *52,18*  |  *476.929*  |
|  | *01.01.00* | *31.01.00* | *30* |  *2.483.000,00*  |  |  ***4.584.060,56***  |  *105,24*  |  *57,00*  |  *38.201*  |
|  | *01.02.00* | *31.12.00* | *330* |  *3.021.000,00*  |  |  ***5.577.304,45***  |  *105,24*  |  *57,00*  |  *511.253*  |
|  | *01.01.01* | *30.11.01* | *328* |  *3.323.000,00*  |  |  ***5.641.335,97***  |  *105,24*  |  *61,99*  |  *513.988*  |
| *?* |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| ***TOTAL DIAS*** | ***3.600*** |  |  |  | ***IBL*** |  5.250.135  |
|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  | ***Mesada*** |  ***4.725.122***  |

**ANEXO II**

**REAJUSTE PENSIONAL**

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Año** | **IPC (Var. Año anterior)** | **Desde** | **Hasta** | **Causadas** | **Mesada reliquidada** | **Mesada anterior** | **Diferencias a cancelar** | **IPC Vo** | **Diferencia indexada** |
| 2011 | 3,73 | 15/03/2011 | 31/12/2011 | 10,5 | 4.725.122 | 4.719.265 | 61.499 | 105,24 | 15.611 |
| 2012 | 2,44 | 01/01/2012 | 31/12/2012 | 13 | 4.901.369 | 4.895.294 | 78.981 | 109,16 | 16.489 |
| 2013 | 1,94 | 01/01/2013 | 31/12/2013 | 13 | 5.020.962 | 5.014.739 | 80.908 | 111,82 | 14.565 |
| 2014 | 3,66 | 01/12/2014 | 31/12/2014 | 13 | 5.118.369 | 5.112.025 | 82.478 | 113,98 | 13.003 |
| 2015 | 6,77 | 01/01/2015 | 31/12/2015 | 13 | 5.305.701 | 5.299.125 | 85.497 | 118,15 | 9.986 |
| 2016 | 0,00 | 01/01/2016 | 31/05/2016 | 5,00 | 5.664.897 | 5.657.876 | 35.109 | 126,15 | 1.614 |
|  |  |  |  |  | **Valores a cancelar ===>** | **424.472** | **Indexado=>** | **71.269** |