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.

***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 29 de junio de 2017.*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral – Modifica decisión del a quo que accedió a las pretensiones*

***Radicación No****:**66001-31-05-003-2016-00025-01*

***Demandante****: Clara Zulma Rivera Martínez*

***Demandado:*** *Colpensiones*

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

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

***Tema a tratar: Exclusión de cotizaciones para establecer el IBL.*** *dígase que la regla general contenida en el aludido artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, implica que se tengan en cuenta la totalidad de las semanas sobre las cuales se cotizó, para establecer el valor de la pensión. No obstante, tal regla admite excepciones, en que por cuestiones de favorabilidad, se dejan de contabilizar algunos períodos que no aumentan el valor de la prestación y a contrario censu, lo merman. En efecto, se ha decantado que cuando la inclusión de períodos posteriores a la consolidación del derecho pensional, no sirven para incrementar el valor de lavase sobre la cual se va a establecer el monto de la pensión o se va a aumentar la tasa de reemplazo, los mismos deben ser dejados de lado y entrar a verificar el IBL con apoyo en el salario sobre el cual se aportó hasta el momento de consolidar el derecho pensional.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintinueve (29) días del mes de junio de dos mil diecisiete (2017), siendo las ocho y quince de la mañana (8:15 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia el magistrado y las magistradas de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara formalmente abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por el portavoz judicial de la parte actora y el grado jurisdiccional de consulta, frente a la sentencia proferida el 18 de julio de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Clara Zulma Rivera Martínez*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. ***INTRODUCCIÓN***

Pide la demandante que se declare que es beneficiaria del régimen de transición contenido en el canon 36 de la Ley 100 de 1993 y que, en consecuencia, se condene a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez a partir del 25 de octubre de 2008 en cuantía del 75% de lo cotizado como empleada pública en los últimos diez años anteriores a la fecha del retiro oficial actualizado conforme al IPC al 25 de octubre de 2008 o, en subsidio de lo anterior, pide que se reliquide la pensión de la actora, con igual tasa de reemplazo sobre el IBL obtenido por la entidad en la Resolución No. 123322 de 2003, esto es $784.286. Pide que las sumas que resulten a su favor sean debidamente indexadas y las costas correspondientes.

Para así pedir, relata que prestó servicios en el sector privado y público, que se retiró definitivamente del servicio oficial el 15 de junio de 2000 y nunca volvió a vincularse como empleada pública, que para esa calenda acumulaba un total de 7.481 días de servicios tanto en el sector público como en el privado, que nació el 25 de octubre de 1953, que para el 01 de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicios, que se trasladó al régimen de ahorro individual pero retorno al de prima media administrado por Colpensiones, que el 29 de enero de 2009 solicitó el reconocimiento de pensión, que la entidad le negó el derecho bajo el argumento de que no cumplía con la densidad de cotizaciones exigida, que los aportes efectuados entre julio de 2003 y noviembre de 2004 no serían tenidos en cuenta por no haber acreditado el aporte al sistema de salud, que mediante Resolución GNR123322 del 05 de julio de 2013 Colpensiones reconoció la prestación por vejez a partir del 01 de marzo de 2009, que solicitó el 06 de noviembre de 2014 el reajuste y la liquidación de la pensión a partir del 25 de octubre de 2008 y tomando como IBL el calculado a partir del momento del retiro del servicio hacia atrás, que mediante Resolución GNR 101252 se le reconoció a la demandante la calidad de beneficiaria de transición y se le aplicó la Ley 71 de 1988, que sin embargo se le redujo el IBL, que contra tal decisión se interpusieron los recursos de ley, que la actora no requiere los aportes realizados con posterioridad al 2000, pues contaba con la densidad de semanas exigida, que la pensión de la demandante debe equivaler, para el año 2008 a $623.390,76.

 Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a Colpensiones, entidad que por medio de procurador judicial dio respuesta aceptando la fecha de nacimiento de la actora, el traslado de ésta al RAIS y su retorno al de prima media con los beneficios de transición, la reclamación pensional del 29 de enero de 2009, la negativa inicial de reconocer la prestación, los argumentos allí asentados,, el posterior reconocimiento de la prestación, la aplicación del régimen de transición y de la Ley 71 de 1988, la solicitud elevada el 06 de noviembre de 2014, el monto de la pensión aplicada y el agotamiento de los recursos. Frente a los restantes hechos, manifiesta que no le constan, que son apreciaciones personales de la parte o que no son ciertos. Se opone a los pedidos de la demanda y formula como medios exceptivos de fondo los de “Inexistencia de la obligación demandada”, “Estricto cumplimiento a los mandatos legales”, “Prescripción” y “Buena fe”.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La a-quo decidió de fondo la instancia, negando la concesión de la pensión desde el 25 de octubre de 2008, pues encontró que la demandante decidió seguir cotizando y lo hizo efectivamente hasta el ciclo de febrero de 2009, razón por la cual la prestación se reconoció desde el 01 de marzo de 2009. Encuentra que no existe razón alguna para no contabilizar las semanas con posterioridad al status de pensionado. Entra posteriormente a revisar el IBL, obteniendo el despacho uno ligeramente mayor al obtenido por la entidad, lo que lleva a que el valor de la mesada sea ligeramente superior al obtenido por la entidad, procediendo a calcular las diferencias y ordenando que las mismas se paguen debidamente indexadas.

***III. APELACIÓN***

El portavoz judicial de la parte actora indica que a la demandante no le es aplicable el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que de tenérsele en cuenta la totalidad de semanas aportadas, se le generan consecuencias adversas a la demandante y se desconoce que al año 2000, cuando se retiró del servicio público, ya contaba con la densidad de cotizaciones exigidas, por lo que debe tenerse como fecha de causación de su pensión el momento de cumplimiento de la edad y desde esa misma calenda se debe reconocer la misma. También ataca la determinación del IBL, pues indica que el mismo debe tomarse a partir de la fecha de retiro del servicio público hacia atrás, por ser este valor más favorable para la demandante, citando como sustento de su pedido un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia.

Tal recurso se concedió en el efecto suspensivo y además se remitieron las diligencias para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, conforme al mandato contenido en el artículo 69 del Estatuto Instrumental Laboral y de la Seguridad Social.

***Del problema jurídico.***

Plantea la Sala como problema jurídico el siguiente:

*¿Es posible dejar de tener en cuenta algunos períodos de cotización para tasar el IBL?*

***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, para que presenten sus alegatos de conclusión.

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:

**IV. CONSIDERACIONES:**

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Lo primero que debe decirse es que el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, incorporó a este cuerpo legal *“las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”,* lo que implica que, entre otros, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, actualmente rige el tema del retiro, obviamente armonizándose con las normas que regulan el tema en la Ley 100 de 1993. Lo anterior, entonces, descarta el argumento del apelante de que tal norma no le es aplicable a su prohijada.

Ya entrando en materia del recurso, se persigue que se dejen de tener en cuenta unos períodos de cotización, para efectos de establecer el ingreso base de liquidación de la prestación pensional de la demandante. Pues bien, dígase que la regla general contenida en el aludido artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, implica que se tengan en cuenta la totalidad de las semanas sobre las cuales se cotizó, para establecer el valor de la pensión. No obstante, tal regla admite excepciones, en que por cuestiones de favorabilidad, se dejan de contabilizar algunos períodos que no aumentan el valor de la prestación y a contrario censu, lo merman. En efecto, se ha decantado que cuando la inclusión de períodos posteriores a la consolidación del derecho pensional, no sirven para incrementar el valor de lavase sobre la cual se va a establecer el monto de la pensión o se va a aumentar la tasa de reemplazo, los mismos deben ser dejados de lado y entrar a verificar el IBL con apoyo en el salario sobre el cual se aportó hasta el momento de consolidar el derecho pensional. El tema ha sido tratado por la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral y recientemente, se reiteró tal posición, siendo pertinente citar apartes de tal pronunciamiento:

*“Y en cuanto a las cotizaciones posteriores a la causación del derecho, en la sentencia del 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, cuyas orientaciones se han reiterado con posterioridad, dijo la Corte lo siguiente:*

*[…] que si bien es cierto en otros asuntos de similares características a éste, se ha advertido que cuando el afiliado ha continuado aportando al sistema general de pensiones una vez satisfechos los presupuestos legales para obtener la pensión, acorde con los fines de la seguridad social, es deber reconocer hasta la última cotización, tal y como se dijo en la sentencia que rememora el recurrente de noviembre 29 de 2001, radicación 15921, reiterada en la del 22 de julio de 2003, radicación 19794, tal criterio hermenéutico ha de ser entendido y por ende aplicable,* ***única y exclusivamente para aquellas eventualidades en donde su no inclusión conlleva una desmejora en los intereses del aportante frente al monto final de su mesada pensional.***

*Del anterior modo, si al afiliado le resulta más beneficioso que el ingreso base de liquidación se obtenga tomando sólo el promedio de lo devengado entre la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y el* ***momento en que cumpla los requisitos para la pensión, haciendo abstracción de los aportes realizados con posterioridad a dicha calenda, como sucede en el sub judice, donde las cotizaciones efectuadas se llevaron a cabo con un salario significativamente inferior que le reduciría ostensiblemente su ingreso base, así debe procederse.***

*Se argumenta lo precedente, porque si el fin de las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, después de superado el tope mínimo exigido para acceder al derecho pensional reclamado y del cumplimiento de la edad, es el de incrementar el monto de la mesada, (parágrafo 3, Artículo 33 Ley 100 /93, vigente para la época de los hechos)* ***mal puede obrarse contrariando tal propósito y castigar a un afiliado, menguándole su base salarial para la tasación de la aludida pensión, por haber contribuido al sistema con un número mayor de aportes que supera tal límite para la tasación del crédito social pretendido.***

*Lo anterior se evidencia porque en el presente caso, la actora alcanzó a cotizar 1735 semanas, conforme se desprende del documento emanado de la misma demandada (Folio 7 a 10), esto es, hizo aportes en un número mayor a las 1250 semanas que le daban el derecho a un porcentaje máximo del 90% del ingreso base de liquidación conforme a los parámetros del artículo 20 aparte II, parágrafo 2° del Acuerdo 049 de 1990, expedido por el I.S.S., en concordancia con el Artículo 23 Ibídem” (SL 4029 de 2017).*

Es pues –evidente- que esos aportes, pagados con posterioridad a la consolidación del derecho, que no sustentan un crecimiento del valor de la prestación, no deben tenerse en cuenta, pues esa es –precisamente- la finalidad de tales pagos con posterioridad a la adquisición del status de pensionado.

En el caso puntual, se tiene que la señora Clara Zulma consolidó su condición de pensionada el día 24 de octubre de 2008, cuando alcanzó los 55 años de edad -nació el 24 de octubre de 1953-, sin embargo, conforme a la historia laboral visible a folios 301 y ss., siguió cotizando hasta el ciclo de febrero de 2009. Estas últimas cotizaciones se efectuaron sobre el salario mínimo y, al tratarse de una pensión reconocida con apoyo en la Ley 71 de 1988, la tasa de reemplazo siempre es del 75%. Por lo tanto, fácil es colegir que los aportes efectuados con posterioridad a la fecha de consolidación del derecho pensional, ningún favor le hacen al monto pensional de la demandante y, antes bien, aminoran el monto de la base sobre la cual se va a liquidar la prestación y, por ende, el valor de la mesada.

Así las cosas, contrario a lo que dijo la a-quo, si es posible dejar de tener en cuenta tales semanas, aunque debe precisarse que no como lo pretende la parte que demanda, pues tampoco es posible que se cuente desde la época en que la señora Rivera Martínez se retiró del servicio público, pues para ese momento no había consolidado el derecho pensional, y como se evidencia en el aparte jurisprudencial colacionado, es únicamente a partir de ese momento que se pueden dejar de tener en cuenta dichos períodos.

Así las cosas, se procederá a establecer el IBL contabilizando únicamente los aportes efectuados con antelación al 24 de octubre de 2008 hacia atrás, dejando de lado los efectuados con posterioridad, conforme a lo dicho. Antes de acometer tal tarea, deberá esta Sala determinar si la prestación debe reconocerse desde esta misma fecha o desde que lo hizo Colpensiones.

Para tal fin, ha de acudirse nuevamente al artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual establece las reglas que rigen el disfrute de la prestación, así como a los alcances que a tal norma le ha dado la jurisprudencia patria. Conforme a la norma mencionada, para empezar a disfrutar de la prestación de vejez, es necesario que la persona se desafilie del sistema pensional, es decir, que haya manifestado inequívocamente su voluntad de cesar en su calidad de afiliado y pasar a convertirse en pensionado, manifestación que bien puede provenir de actos externos que inequívocamente lleven a colegir necesariamente la decisión de desafiliación. Sobre el tema del disfrute de la pensión y la desafiliación del sistema pensional, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo pertinente citar uno de tales pronunciamientos:

*“El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.*

 *En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido”. (SL 5603 de 2016).*

En este caso, se pide que se reconozca la pensión de vejez de la demandante desde el 25 de octubre de 2008, calenda para la cual la demandante reunió ambos presupuestos para pensionarse. Sin embargo, no puede accederse a ello, porque no existe para esa calenda manifestación de voluntad de desafiliarse del sistema, dado que la actora prosiguió sus cotizaciones de manera continua hasta el 28 de febrero de 2009, sin que para ello existiese algún tipo de motivación ajena a su propia voluntad, como inducción al error por parte de la entidad, razón por la cual, tales cotizaciones, si bien no serán tenidas en cuenta para tasar el IBL pr lo desfavorable que resultan para la demandante, si sirven para marcar la decisión de desafiliación de la actora, que no es otra que el 28 de febrero de 2009, razón por la cual la prestación se debe reconocer desde el 01 de marzo de 2009, tal como lo coligió la a-quo y lo decidió administrativamente la entidad.

Así las cosas, se procederá a establecer el IBL en la forma antes dicha, obteniéndose lo siguiente:

(sigue en blanco)



Como se observa el valor de la mesada para el momento del disfrute –marzo de 2009- corresponde a la suma de $563.312,53, suma que es superior a la que obtuvo la entidad en la Resolución GNR 101252 del 10 de abril de 2005 –fls. 69 y ss.- y a la obtenida por la a-quo, por lo que debe procederse a concretar las diferencias a la fecha de esta providencia, así:



La diferencia antes anotada, deberá indexarse mes a mes, de conformidad con la formula VA= VH x IF / II, donde VA corresponde al valor actualizado; VH corresponde al valor histórico (suma a indexar); IF equivale al valor del índice reportado por el DANE al momento del pago e II que corresponde al valor del índice reportado por el DANE para el mes inmediatamente anterior al momento en el cual debió pagarse la misma.

De esta forma, queda resuelto el interrogante planteado.

Teniendo en cuenta la prosperidad apenas parcial del recurso de apelación y que se conoce también en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se abstendrá la Sala de imponer costas en esta sede.

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. ***Modificar el ordinal segundo*** de la sentencia proferida el 18 de julio de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de que el IBL se obtiene tomando en consideración únicamente los aportes efectuados en los diez años anteriores al 24 de octubre de 2008.
2. ***Modificar el ordinal tercero*** en el sentido de que el valor de la pensión para el año 2009 corresponde a la suma de $563.312,53.
3. ***Modificar el ordinal cuarto*** en el sentido de que la condena por concepto de diferencia entre lo pagado y lo realmente debido asciende a la suma de $1.327.101, suma que deberá indexarse conforme a lo ordenado en esta sentencia.
4. ***Modificar el ordinal quinto,*** en el sentido de que el valor de la mesada pensional para el año 2016 corresponde a la suma de $710.693 y para el año 2017 $751.557,85.
5. ***Se confirma*** la sentencia en todo lo demás.
6. Sin costas.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

 Magistrada Magistrada

Anexo. IBL.



Diferencia

