2010-00788-01

Providencia:	Sentencia del 28 de febrero de 2012
Radicación Nro. :	66001-31-05-001-2010-00788-00
Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	Gonzalo Martínez Martínez
Demandado:	Instituto de Seguros Sociales
Juzgado de Origen:	Segundo Laboral Adjunto del Juzgado Primero Laboral del Circuito
Tema:	**IBL DE LAS PERSONAS A QUIENES AL ENTRAR A REGIR LA LEY 100 DE 1993 LE FALTABAN MENOS DE 10 AÑOS PARA LLENAR LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA OBTENER EL RECONOCIMIENTO DE SU PENSIÓN DE VEJEZ. Es claro el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en señalar que, las personas a quienes faltaren menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez, tienen una doble posibilidad respecto al IBL que sirva de base para determinar su pensión: 1) Utilizar el promedio de lo devengado en el tiempo que hiciera falta para pensionarse; 2) Utilizar el promedio de lo cotizado al sistema durante toda su vida.** **Pero como la aplicación literal de la primera opción podría conllevar injusticias en los casos de personas que, a pesar de cumplir los requisitos, continúan aportando al sistema, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica en señalar que en tales eventos lo que procede es determinar el tiempo exacto que hacía falta al afiliado para reunir los requisitos y trasponerlo, de manera tal que, ese mismo tiempo exacto, se tenga en cuenta hacia atrás desde la última cotización hecha al sistema.** **FACULTADES EXTRA Y ULTRA PETITA. La posibilidad de fallar por cosa diferente o en cantidad superior a lo pedido en la demanda, está reservada al juez de primera o única instancia, conforme al artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y al desarrollo jurisprudencial que de dicha norma han realizado la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Pereira, veintiocho de febrero de dos mi doce

Acta número 035 de febrero 28 de 2012

Siendo las once (11:00) de la mañana de esta fecha, se declara abierta la vista pública dentro de la que ha de resolverse la apelación de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Adjunto al Juzgado Primero Laboral del Circuito el 26 de agosto de 2011, en el proceso que **GONZALO MARTÍNEZ MARTÍNEZ** inició contra **el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.**

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

Aspira el señor Martínez Martínez a que en virtud de la opción de favorabilidad dispuesta en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 respecto a las personas que al entrar a regir la ley 100 de 1993 les faltaban menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez, se disponga la reliquidación y reajuste de la mesada pensional que le fuera reconocida por el ISS mediante la resolución 005352 de 1998, teniendo en cuenta para el efecto el IBL que resulte del promedio de lo devengado entre el 1 de abril de 1994 y el 30 de diciembre de 1.998, por considerarlo más favorable que el tenido en cuenta por la administradora de pensiones.

Acogida tal pretensión, depreca el pago de la diferencia que resulte a su favor debidamente indexada, intereses moratorios, lo que resulte probado conforme a las facultades extra y ultra petita y las costas procesales.

Para fundamentar sus peticiones cuenta que, con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a través de la resolución 005352 de 1998 le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 20 de enero de 1997, con una mesada pensional del orden de $1.072.499, resultante de aplicarle al IBL obtenido ($1.191.666.oo) una tasa de reemplazo del 90%, sin tener en cuenta para el efecto que el inciso 3º de la norma precitada permitía también calcular el IBL con el promedio de lo devengado entre el 1 de abril de 1994 y la fecha en que se hizo la última cotización, que en su caso lo fue el 30 de diciembre de 1998, según resulte más favorable al pensionado.

En cuanto a la reclamación administrativa, afirma que la agotó el día 7 de octubre de 2009, sin que a la fecha el ISS se haya efectuado pronunciamiento alguno.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En la contestación de la demanda (fls. 34 a 40), el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento prestacional y el agotamiento de la vía gubernativa, pero no coincidió en lo relativo a que la pensión deba ser liquidada teniendo en cuenta hasta el último ciclo cotizado –diciembre de

1998-, pues ésta fue reconocida a partir del 20 de enero de 1997 teniendo en cuenta que el día anterior el actor cumplió el requisito de edad que completaba su derecho. Expone que la liquidación del IBL más favorable, es la del promedio de lo devengado toda la vida, y que en ese sentido fue tenido en cuenta por la accionada. Por esas razones se opuso a las pretensiones, proponiendo como excepciones de mérito o de fondo las que denominó: "Inexistencia de la obligación demandada", "Prescripción", "Improcedencia de Indexación", "Compensación" e "Improcedencia de los intereses de mora".

3- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotadas las etapas previas, se convocó para audiencia de juzgamiento que tuvo lugar el veintiséis (26) de agosto de 2011 (fl. 100 a 107). En esta, el *a quo*, luego de efectuar las operaciones necesarias para obtener el ingreso base de liquidación en los términos solicitados, concluyó que el valor arrojado era inferior al reconocido por el ISS, por lo tanto negó las aspiraciones del pensionado y cargó en su contra las costas procesales.

4- APELACIÓN

Se duele el promotor de la litis, que el juez de instancia al percatarse que el promedio de lo devengado entre el 1º de abril de 1994 y la fecha de reconocimiento pensional era inferior al reconocido por el ISS, debió, en aplicación a las facultades extra y ultra petita y al principio de favorabilidad, encontrar y aplicar el IBL más favorable a sus intereses. Para reforzar sus argumentos, trajo a colación jurisprudencia que consideró ajustada al caso.

CONSIDERACIONES

1- PRESUPUESTOS PROCESALES

No se observa nulidad que invalide lo actuado y satisfechos, como se aprecian, los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad procesal y competencia, para resolver la instancia, la Sala se plantean los siguientes:

2- PROBLEMA JURÍDICO

¿Cómo se determina el IBL de las personas a quienes al momento de empezar a regir la ley 100 de 1993 le faltaban menos de 10 años para reunir los requisitos necesarios para adquirir la pensión de vejez, pero que cumplidos los mismos siguen cotizando al sistema?

¿Con base en las facultades extra y ultra petita, puede el juzgador de segunda instancia atender pretensiones que no fueron presentadas en el líbelo inicial?

3. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LAS PERSONAS A QUIENES AL ENTRAR A REGIR LA LEY 100 DE 1993 LE FALTABAN MENOS DE 10 AÑOS PARA LLENAR LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA OBTENER EL RECONOCIMIENTO DE SU PENSIÓN DE VEJEZ.

Es claro el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en señalar que, las personas a quienes faltaren menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez, tienen una doble posibilidad respecto al IBL que sirva de base para determinar su pensión: 1) Utilizar el promedio de lo devengado en el tiempo que hiciera falta para pensionarse; 2) Utilizar el promedio de lo cotizado al sistema durante toda su vida.

Pero como la aplicación literal de la primera opción podría conllevar injusticias en los casos de personas que, a pesar de cumplir los requisitos, continúan aportando al sistema, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica en señalar que en tales eventos lo que procede es determinar el tiempo exacto que hacía falta al afiliado para reunir los requisitos y trasponerlo, de manera tal que, ese mismo tiempo exacto, se tenga en cuenta hacia atrás desde la última cotización hecha al sistema.

4. FACULTADES EXTRA Y ULTRA PETITA

Consagra el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que los jueces laborales de primera instancia pueden proferir decisiones que impliquen el reconocimiento de derechos, no reclamados o, pedidos en menor

cantidad por el actor, siempre y cuando los supuestos fácticos que sustenten el fallo, se hayan debatido dentro del proceso y hubiesen quedado debidamente acreditados.

Si bien es cierto que la Corte Constitucional declaró inexequible la limitación que contenía la norma al conceder la facultad sólo a los jueces de primera instancia, tal decisión nunca ha sido entendida en el sentido de ampliarla a los jueces de segunda instancia, y ello es así porque la verdad es que el motivo de la restricción no ha sido otro que la necesidad de garantizar el derecho de defensa del litigante que resulta sorprendido por una declaración de la cual no se defendió inicialmente.

4. CASO CONCRETO

En el presente caso el actor solicita la aplicación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para efectos de liquidar el ingreso base de liquidación.

Ciertamente, el promotor de la litis, bien podía optar por cualquiera de las dos fórmulas arriba reseñadas, dado que conforme al acto administrativo que reconoce su pensión de vejez, las semanas acreditadas alcanzan la 1.497; sin embargo, no escapa del análisis de esta Colegiatura, que en momento alguno de la controversia planteó la última de ellas como pretensión, ni siquiera como subsidiaria, es más, concretamente en el numeral primero del acápite respectivo consignó: *"Declarar, que a **GONZALO MARTÍNEZ MARTÍNEZ** le asiste el derecho a que le sea reliquidada y reajustada su mesada pensional, la cual le fuera reconocida mediante Resolución No 005352 de 1.998 de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y 20 del Decreto 758 de 1990, por ser el actor beneficiario del Régimen de Transición, vigente al 1º de abril de 1.994, con un 90% sobre el IBL por valor de $1.604.985 hallado con el promedio de lo devengado entre el 1 de abril de 1994 y el 30 de diciembre de 1.998, por serle mas favorable".*

No obstante, quien soporta la acción, al momento de dar respuesta al libelo introductor, sostuvo que la pensión que hoy nos ocupa fue concedida con el IBL más favorable (contestación hecho 4º, fl. 36) sin indicar cómo fue obtenido, de suerte que, obrando en el plenario la historia laboral del actor, tanto la aportada

por éste, que de paso sea dicho no ofreció reparos ni fue tachada de falsa, como la allegada por el ISS correspondiente al expediente administrativo –fls 62 a 98-, se puede establecer con claridad que opción resulta más favorable a los intereses Martínez Martínez.

Lo anterior resulta necesario, en la medida en que según la hoja de prueba que obra a folio 81 del cuaderno principal, el IBL liquidado por el llamado a juicio, no atiende los presupuestos del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100, situación que obliga a esta Colegiatura a efectuar nuevos cálculos.

En efecto, cuando entró en vigencia la Ley de Seguridad Social, al promotor de la litis, le faltaban 1.009 días para arribar a la edad mínima para pensionarse -1 de abril de 1994 a 19 de enero de 1997-; sin embargo, al continuar cotizando hasta el 31 de enero de 1999, necesariamente, conforme lo ya expuesto, deben esos 1.009 días transponerse desde esa calenda hacía atrás.

Así las cosas, la liquidación del IBL de Martínez Martínez, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado entre el 12 de abril de 1996 y el 31 de enero de 1999 corresponde a:

FECHA INICIAL	1996-04-12						
FECHA FINAL	1999-01-31	**Fecha Requisitos EDAD**					1997-01-19
FECHA INICIAL	**FECHA FINAL**	**% Variacion IPC Acum.**	**NUMERO DE DIAS**	**NUMERO SEMANAS**	**SALARIO BASICO MENSUAL**	**SALARIO ACTUALIZADO**	**SALARIO TOTAL**
12/04/1996	31/12/1996	167,04%	259	37,00	960.733	1.604.785	415.639.387
01/01/1997	31/12/1997	137,33%	360	51,43	1.168.540	1.604.786	577.722.923
01/01/1998	31/12/1998	116,70%	360	51,43	1.375.138	1.604.786	577.722.977
01/01/1999	31/01/1999	100,00%	30	4,29	1.604.786	1.604.786	48.143.580
	Numero de Dias IBL		**1.009**	**144**	**TOTAL**		**$ 1.619.228.866**
	ING.BASE LIQ. (Sumatoria Salarios Total /Dias IBL)						**$ 1.604.786**
	TASA DE REMPLAZO						**90,00%**
	VALOR PRIMERA MESADA						**$ 1.444.307**

De otro lado, el IBL obtenido con el promedio de lo devengado en toda la vida, es el siguiente:

FECHA INICIAL	1967-12-01		
FECHA FINAL	1999-01-31	**Fecha Requisitos EDAD**	1997-01-19

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	% Variacion IPC Acum.	# DE DIAS	# SEMANAS	SALARIO BASICO MENSUAL	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO TOTAL
01/12/1967	31/12/1967	39836,05%	31	4,43	1.770	705.098	21.858.043
01/01/1968	31/12/1968	37170,90%	366	52,29	1.770	657.925	240.800.531
01/01/1969	01/12/1969	34898,98%	335	47,86	1.770	617.712	206.933.490
01/12/1969	31/12/1969	34898,98%	31	4,43	2.430	848.045	26.289.400
01/01/1970	31/12/1970	32126,46%	365	52,14	2.430	780.673	284.945.671
01/01/1971	30/06/1971	30143,05%	181	25,86	2.430	732.476	132.578.183
01/07/1971	31/12/1971	30143,05%	184	26,29	2.430	732.476	134.775.611
01/01/1972	31/12/1972	26434,32%	366	52,29	2.430	642.354	235.101.525
01/01/1973	31/12/1973	23190,03%	365	52,14	2.430	563.518	205.683.982
01/01/1974	31/12/1974	18689,58%	365	52,14	2.430	454.157	165.767.233
01/01/1975	01/07/1975	14791,91%	182	26,00	2.430	359.443	65.418.708
01/07/1975	31/12/1975	14791,91%	184	26,29	4.410	652.323	120.027.488
01/01/1976	31/12/1976	12560,00%	366	52,29	4.410	553.896	202.725.930
01/01/1977	01/07/1977	9987,28%	182	26,00	4.410	440.439	80.159.883
01/07/1977	31/12/1977	9987,28%	184	26,29	5.790	578.263	106.400.455
01/01/1978	01/06/1978	7759,52%	152	21,71	5.790	449.276	68.289.976
01/06/1978	31/12/1978	7759,52%	214	30,57	7.470	579.636	124.042.121
01/01/1979	31/12/1979	6552,54%	365	52,14	7.470	489.475	178.658.308
01/01/1980	01/05/1980	5087,38%	122	17,43	7.470	380.027	46.363.298
01/05/1980	01/02/1980	5087,38%	-89	-12,71	25.530	1.298.807	-115.593.845
01/02/1982	31/12/1982	3199,12%	334	47,71	41.040	1.312.920	438.515.421
01/01/1983	01/07/1983	2579,31%	182	26,00	41.040	1.058.551	192.656.226
01/07/1983	31/12/1983	2579,31%	184	26,29	47.370	1.221.821	224.815.120
01/01/1984	01/02/1984	2211,35%	32	4,57	47.370	1.047.515	33.520.475
01/02/1984	31/12/1984	2211,35%	335	47,86	61.950	1.369.929	458.926.267
01/01/1985	31/12/1985	1869,59%	365	52,14	61.950	1.158.209	422.746.146
01/01/1986	31/12/1986	1526,82%	365	52,14	61.950	945.862	345.239.809
01/01/1987	01/06/1987	1262,35%	152	21,71	61.950	782.028	118.868.209
01/06/1987	01/11/1987	1262,35%	154	22,00	99.630	1.257.682	193.683.074
01/11/1987	31/12/1987	1262,35%	61	8,71	123.210	1.555.345	94.876.054
01/01/1988	31/12/1988	1017,86%	366	52,29	123.210	1.254.108	459.003.647
01/01/1989	01/07/1989	794,46%	182	26,00	123.210	978.854	178.151.510
01/07/1989	31/12/1989	794,46%	184	26,29	165.180	1.312.289	241.461.251
01/01/1990	31/12/1990	629,92%	365	52,14	165.180	1.040.509	379.785.628
01/01/1991	01/05/1991	475,92%	121	17,29	165.180	786.120	95.120.533
01/05/1991	01/09/1991	475,92%	124	17,71	254.730	1.212.304	150.325.696
01/09/1991	31/12/1991	475,92%	122	17,43	275.850	1.312.818	160.163.762
01/01/1992	01/01/1992	375,27%	1	0,14			

					275.850	1.035.182	1.035.182
01/01/1992	01/03/1992	375,27%	61	8,71	372.030	1.396.116	85.163.106
02/03/1992	31/12/1992	375,27%	305	43,57	399.150	1.497.890	456.856.351
01/01/1993	01/03/1993	299,90%	60	8,57	399.150	1.197.067	71.824.007
01/03/1993	31/12/1993	299,90%	306	43,71	554.700	1.663.567	509.051.638
01/01/1994	01/03/1994	244,62%	61	8,71	554.700	1.356.907	82.771.300
01/03/1994	31/12/1994	244,62%	300	42,86	656.032	1.604.785	481.435.439
01/01/1995	31/12/1995	199,54%	360	51,43	804.230	1.604.786	577.722.793
01/01/1996	31/12/1996	167,04%	360	51,43	960.733	1.604.785	577.722.700
01/01/1997	31/12/1997	137,33%	360	51,43	1.168.540	1.604.786	577.722.923
01/01/1998	31/12/1998	116,70%	360	51,43	1.375.138	1.604.786	577.722.977
01/01/1999	31/01/1999	100,00%	30	4,29	1.604.786	1.604.786	48.143.580
	Numero de Dias IBL		**10.643**	**1.520**	**TOTAL**		**$ 10.766.256.817**
	ING.BASE LIQ. (Sumatoria Salarios Total /Dias IBL)						**$ 1.011.581**
	TASA DE REMPLAZO						**90,00%**
	VALOR PRIMERA MESADA						**$ 910.423**

Ahora bien, los cálculos anteriores, que tienen en cuenta hasta el último ciclo cotizado, esto es enero de 1999, implican necesariamente que la prestación sólo podría reconocerse a partir del 1 de febrero de igual anualidad y con el IBL obtenido del promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta para pensionarse, que hecha la trasposición de ese lapso a la fecha del último aporte, resultó ser de **$1.444.307.oo**.

Empero, el acto administrativo por medio del cual se reconoce la pensión de vejez del demandante, concede la prestación a partir del 10 de enero de 1997, con una mesada pensional inicial de $1.072.499.oo, que al actualizarla al año 1999 arroja los siguientes valores:

Año	**IPC (Var. Año anterior)**	**Desde**	**Hasta**	**Mesada reliquidada**
1997		20-Ene-97	31-Dic-97	1.072.499,00
1998	17,68	01-Ene-98	31-Dic-98	1.262.116,82
1999	16,70	01-Ene-99	31-Dic-99	1.472.890,33

Conforme la anterior liquidación, es evidente que resulta superior el monto inicialmente reconocido por el ISS, situación que por sí sola, sirve de fundamento para confirmar la decisión proferida en primera instancia, si se tiene en cuenta

que, en respeto de la prohibición de la *reformatio in pejus*, no es posible hacer más gravosa la situación del impugnante único, como sucede en este caso.

Costas en la instancia a cargo de la parte recurrente. Como agencias en derecho se fija la suma de quinientos sesenta y seis mil setecientos pesos ($566.700). Liquídense por secretaría.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR aunque por razones diferentes la sentencia que por apelación se ha conocido.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte recurrente fijando como agencias en derecho la suma de $566.700.oo

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se levanta y firma esta acta.

Los Magistrados,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

HUMBERTO ALBARELLO BAHAMÓN

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

MÓNICA ANDREA JARAMILLO ZULUAGA

Secretaria