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 27 de abril de 2017.

**Proceso**:Ordinario Laboral – Modifica sentencia que accedió a las pretensiones

**Radicación No**:66001-31-05-002-2015-00088-01

**Demandante**: Gustavo López Osorio

**Demandado:** Colpensiones.

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

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

**Tema a tratar: Cálculo del Ingreso base de liquidación con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990:** establece elparágrafo 1º del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año que el salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas. El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los veintisiete (27) días del mes de abril de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve de la mañana (9:00 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 3 de mayo de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Gustavo López Osorio* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

I. *INTRODUCCIÓN*

El demandante pretende que se declare que tiene derecho a la reliquidación del IBL de su pensión de vejez, con base en el salario de las últimas 100 semanas cotizadas, debidamente indexado al momento de la causación del derecho, al tenor de lo preceptuado en el parágrafo 1º del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990. En consecuencia, pide que se condene a la entidad de seguridad social a reconocer como primera mesada pensional la suma de $114.056,30, a pagar el reajuste pensional causado a entre lo pagado y lo que realmente debió recibir, a partir del 30 de agosto de 1992, junto con la indexación de las condenas y las costas del proceso.

Como fundamento de sus súplicas expuso que nació el 29 de marzo de 1932, que cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 1.327 semanas; que a través de la Resolución 003216 de 1992, adquirió el status de pensionado con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 30 de agosto de 1992, que tuvo en cuenta un salario mensual base de $105.148 y una tasa de remplazo del 90%, cuando lo cierto es que la primera mesada debió ascender a $114.053, 30. Indica que presentó la reclamación administrativa tendiente a obtener el reajuste de su mesada pensional en la forma acá pretendida, sin que la misma haya sido resulta.

Colpensionesse opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que la prestación pensional fue reconcoda con sujeción a la normatividad aplicable al caso, y las operaciones respectivas se hicieron siguiendo los parámetros legales. Propuso como excepciones “Cobro de lo no debido”, “Buena fe” y “Prescripción”.

*II. SENTENCIA*

El Juzgado de conocimiento dictó sentencia en la cual accedió a las pretensiones, reconociendo el derecho al reajuste de la pensión de vejez, el retroactivo y la indexación de la condena. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias causadas con antelación al 29 de octubre de 2011, y condenó en costas a la parte vencida en juicio.

En la motiva, indicó que la mesada pensional reconocida por la entidad de seguridad social no se ajusta a las previsiones de la norma aplicable (Acuerdo 049 de 1990), pues al efectuar el cálculo respectivo con el salario de las últimas 100 semanas, obtiene una mesada pensional superior en cuantía de $95.654, liquidada sobre un salario base de $106.282, y una tasa de remplazo del 90 %. Por consiguiente, condenó a Colpensiones al pago de $519.610, a título de retroactivo de las diferencias causadas entre la mesada que percibió y la que debía percibir el actor.

*III. APELACIÓN*

Contra la decisión anterior se alzó la vocera judicial del actor, en orden a que se revise la liquidación del juzgado, pues a su juicio, los salarios tenidos en cuenta no fueron actualizados hasta la fecha de causación del derecho, sino que se promediaron. Aduce que la indexación ante la pérdida del poder adquisitivo es un derecho fundamental para el reconocimiento de las pensiones, a la luz de los artículos 48 y 53 superiores, por lo que los salarios deben ser actualizados.

Igualmente, de conformidad con lo indicado en el artículo 69 del Estatuto Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, se dispuso la consulta de la decisión por ser desfavorable a la entidad demandada.

*Del problema jurídico.*

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

*¿Hay lugar a indexar los salarios devengados durante las últimas 100 semanas cotizadas al sistema hasta la fecha de causación del derecho para efectos de calcular el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez?*

*Alegatos en esta instancia*:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar el recurso, 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:

*VI. CONSIDERACIONES:*

No es objeto de controversia que el Instituto de Seguros Sociales, mediante la Resolución No. 003216 de 1992, le reconoció al demandante la pensión de vejez a partir del 30 de agosto de 1992, en cuantía de $94.633, calculada sobre un salario mensual base de $105.148, al que le aplicó una tasa del 90 % por tener 1.327 semanas cotizadas. Igualmente, que el IBL, se calculó tomando las últimas 100 semanas de cotización, en aplicación de la fórmula establecida en el parágrafo 1º del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, cuyo contenido literal es el siguiente:

*“Parágrafo 1º: el salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas. El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.”*

Para dilucidar la controversia planteada, cabe recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con ocasión de la sentencia SU 1073 de 2012 proferida por la Corte Constitucional, se acogió al criterio según el cual es procedente la indexación tanto de las pensiones estructuradas antes y después de la entrada en vigencia de la Carta Magna, basada, fundamentalmente, en que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que afecta a todo tipo de pensión, indistintamente de la naturaleza de la prestación o la fecha de su reconocimiento, amén de que no existe prohibición expresa por parte del legislador que impida efectuar tal indexación antes del 91.

A pesar de ello, también ha indicado de manera reiterada esa superioridad que la indexación o actualización monetaria de la primera mesada pensional, es improcedente cuando se trata de pensiones reconocidas con fundamento en el parágrafo 1º del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, habida consideración de que esa disposición legal, estableció una fórmula para el cálculo de la prestación, que toma en cuenta el número de semanas cotizadas por el afiliado a la entidad de seguridad social y no los salarios devengados.

 Así lo estimó en sentencia del 30 de agosto de 2011, radicación 41852, y más recientemente en sentencias del 29 de julio y 2 de diciembre de 2015, radicación SL12153 y SL16727, cuando al respecto puntualizó:

*“(…) es improcedente la indexación de la primera mesada de la pensión de vejez reconocida por el ISS, (…) porque el salario mensual de base de cotización, como se denominaba en el régimen de los reglamentos del ISS antes de la Ley 100 de 1993, no se indexa hasta la fecha de reconocimiento como lo pretende el recurrente. Al punto, la Sala enseñó en un caso similar al del sub lite, en sentencia proferida el 30 de agosto de 2011, rad. 41852, en lo pertinente:*

*(…) encuentra la Sala, que el Tribunal no se equivocó al considerar que en la situación examinada no era viable la indexación, toda vez que se trataba de una prestación a cargo del ISS, con sustento en lo previsto en el antecitado artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, esto es, teniendo en cuenta el número de semanas que logró cotizar, distinto a otros casos que ha juzgado esta Sala de la Corte, en los que se ha analizado es el salario devengado por el trabajador.*

*Así las cosas no era posible abrogarle al ISS la obligación de actualizar las cotizaciones que efectuó entre la fecha en que cesó sus aportes, hasta el cumplimiento de la edad para acceder a la pensión, pues tal situación debe asumirla el afiliado, en la medida en que este pudo seguir aportando para elevar la tasa de reemplazo, de conformidad con lo dispuesto en la normativa a la que se hizo referencia.*

*Así las cosas, de conformidad con el anterior precedente jurisprudencial, era al actor a quien le correspondía seguir cotizando, si esperaba obtener una tasa de reemplazo más elevada, hasta la edad para obtener su pensión de vejez.”*

No obstante lo dicho, esta Sala de Decisión, en ejercicio de la autonomía e independencia que como Juez Colegiado le asiste en virtud de los artículos 228 y 230 superiores, se aparta respetuosamente de la tesis del Alto Tribunal, que subyace de las referidas sentencias, en el sentido de que la indexación es inviable porque el monto de la pensión se determina con el número de semanas cotizadas y no por el salario devengado, pues de la norma en cuestión se desprende claramente que el salario base para determinar el monto de la pensión, se obtiene de la centésima parte de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien semanas, multiplicado por el factor 4.33, de lo que se aprehende que el monto de la pensión se calcula sobre los salarios devengados semanalmente con base en la fórmula establecida.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional cuando en distintos pronunciamientos, en sede de constitucionalidad o de tutela, ha indicado que procede indexación de la primera mesada pensional o del salario base para la liquidación -hoy Ingreso Base de Liquidación-, en la medida en que con arreglo en los mandatos 48 y 53 superiores, la indexación adquiere relevancia constitucional en orden a la protección de que las prestaciones sean reconocidas manteniendo su poder adquisitivo constante, garantizando el derecho al pago oportuno, y al reajuste periódico, en los eventos en que ha transcurrido un lapso importante de tiempo entre el instante en que el trabajador cesó en sus labores y el reconocimiento de la pensión. (Ver sentencia SU 120 de 2003, C 862 de 2006, T 184 de 2015 y T 589 de 2016, entre otras.)

En ese orden, esta Sala prohijará la interpretación más favorable, que es aquella según la cual es procedente **la indexación de la primera mesada pensional o del salario base para calcularla**, en aplicación de los artículos 48 y 53 de la Carta, en tanto que, la indexación como derecho fundamental, procede para todo tipo de pensiones, sin importar a partir de cuándo hubiesen sido otorgadas, pues lo que se trata es de mantener el poder adquisitivo de aquellas, cuando el disfrute de la pensión comienza tiempo después del retiro laboral.

Precisado lo anterior, la Sala procederá a efectuar los cálculos pertinentes a efectos de verificar si el valor de la primera mesada pensional se encuentra o no conforme a dicha disposición, advirtiendo desde ya que en este caso no hay lugar a la indexación de la primera mesada pensional o del salario base para calcularla, por cuanto la fecha del disfrute de la pensión coincide con el del cese de las cotizaciones del actor, es decir, no existe un periodo de tiempo considerable entre la fecha de retiro del servicio y aquella en la cual se le reconoció la pensión, que indique que la moneda sufrió una devaluación significativa.

Efectuadas las operaciones del caso, la sumatoria de los salarios semanales devengados por el actor en las últimas cien semanas de cotización asciende a $ 2`454.370, conforme se ilustra en el cuadro que se pone de presente a los asistentes y que hará parte del acta final que se levante con ocasión de esta diligencia.

Ahora, al multiplicar la centésima parte de dicho valor por el factor 4.33, se obtiene un Salario base de liquidación de $ 106.294, que al aplicársele la tasa remplazo del 90 % arroja una primera mesada pensional de $ 95.654, es decir, igual al quantum liquidado por la sentenciadora de primer grado. De modo que no prospera la apelación propuesta por la parte demandante, razón por la que se confirmará.

Respecto a la excepción de prescripción, si bien la misma no opera frente al derecho en sí al reajuste pensional por tratarse de la definición de la regla jurídica para calcular el IBL, si recae sobre las diferencias pensionales generadas con antelación al 29 de octubre de 2011, tal cual lo concluyó la a-quo, habida cuenta que el demandante interrumpió el término de prescripción de todas las obligaciones generadas con ocasión de la pensión de vejez, el día 7 de mayo de 1992, cuando elevó la solicitud pensional, por lo que el término legal de 3 años con que contaba para interponer la acción judicial frente a cualquier inconformidad presentada respecto del contenido de ese acto administrativo, empezó a correr a partir del 19 de octubre de 1992, cuando se le notificó la decisión, sin embargo, la demanda sólo fue interpuesta el 17 de febrero de 2015, según se colige del folio 9.

En consecuencia, se procederá a determinar la diferencia existente entre el valor reconocido por la entidad de seguridad social y el calculado por vía judicial, hasta la fecha de la emisión de esta sentencia, la cual asciende a la suma de $640.058, conforme la liquidación que se pone de presente a los asistentes y también hará parte del acta final de esta diligencia.

Se modificará por ende, el ordinal 3º de la sentencia.

En cuanto a la indexación de las condenas, a la cual accedió la a-quo, se tiene que la misma es procedente, en la medida en que permite aminorar los efectos negativos de la devaluación monetaria, razón por la cual se confirmará este punto de la sentencia.

Las costas en esta instancia estarán a cargo del recurrente.

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 3º de la sentencia proferida el 3 de mayo de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de que la diferencia pensional causada desde el 29 de octubre de 2011 y el 31 de marzo de 2017, asciende a $640.058, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución.

 *2*. Costas en esta instancia a cargo del recurrente.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario

**ANEXO I**

**SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ**

**PARÁGRAFO 1º DEL ART. 20 DEL ACUERDO 049/90**

Se empleó la siguiente fórmula:

*Vr = x/ 100 \* 4.33*

 *Donde,*

*Vr = salario mensual de base o ingreso base de liquidación y,*

*X = sumatoria de los salarios semanales de las últimas cien semanas cotizadas.*

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| ***Fechas de aporte*** | ***Número de días*** | ***Ingreso base de cotización***  | *semanas cotizadas en el periodo*  | *Salario semanal*  | *Total*  |
| ***Empleador*** | ***Desde*** | ***Hasta*** |
|  | 01-jul-92 | 30-ago-92 | *61* | *$136.290* | *8,71* | *$31.801* | *$277.123* |
|  | 01-abr-92 | 30-jun-92 | *91* | *$123.210* | *13,00* | *$28.749* | *$373.737* |
|  | 01-ene-92 | 31-mar-92 | *91* | *$99.630* | *13,00* | *$23.247* | *$302.211* |
|  | 01-oct-91 | 31-dic-91 | *92* | *$123.210* | *13,14* | *$28.749* | *$377.844* |
|  | 01-jul-91 | 30-sep-91 | *92* | *$111.000* | *13,14* | *$25.900* | *$340.400* |
|  | 01-abr-91 | 30-jun-91 | *91* | *$99.630* | *13,00* | *$23.247* | *$302.211* |
|  | 01-oct-90 | 31-mar-91 | *182* | *$79.290* | *26,00* | *$18.501* | *$481.026* |
|  |  |  |  |  | ***salarios semanales devengados*** | *$2.454.552* |
|  |  |  |  |  | ***Salario base/100*** | *$24.546* |
| ***TOTAL DIAS*** | 700 |  | ***Vr \* factor 4,33*** | *$106.282* |
|  |  |  |  |  | ***Valor Mesada pensional***  | ***$95.654*** |

Vr = $ 2454.552 / 100 \* 4.33

IBL = $106.282 \* 90 % (tasa de remplazo)

Vr = $ 95.654

**REAJUSTE PENSIONAL**

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Año actual** | **IPC del año**  | **Desde** | **Hasta** | **Causadas** |  **Mesada reliquidada**  | **Mesada anterior** | **Prescritas** |  **Diferencias a cancelar**  |
| 2011 | 3,73 | 01-ene-11 | 29-oct-11 | 10,96 |  714.337  |  706.712  | 10,96 |  -  |
| 2011 | 3,73 | 30-oct-11 | 31-dic-11 | 3,07 |  714.337  |  706.712  |   |  23.409  |
| 2012 | 2,44 | 01-ene-12 | 31-dic-12 | 14,00 |  740.982  |  733.072  |   |  110.732  |
| 2013 | 1,94 | 01-ene-13 | 31-dic-13 | 14,00 |  759.062  |  750.959  |   |  113.434  |
| 2014 | 3,66 | 01-ene-14 | 31-dic-14 | 14,00 |  773.788  |  765.528  |   |  115.634  |
| 2015 | 6,77 | 01-ene-15 | 31-dic-15 | 14,00 |  802.108  |  793.546  |   |  119.866  |
| 2016 | 5,75 | 01-ene-16 | 31-dic-16 | 14,00 |  856.411  |  847.269  |   |  127.981  |
| 2017 | 0,00 | 01-ene-17 | 31-mar-17 | 3,00 |  905.654  |  895.987  |   |  29.002  |
|  |  |  |  |  | **Valores a cancelar ===>** |  **640.058**  |