



República de Colombia

Tribunal Superior de Cali

Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	GONZALO AYALA THORP
Demandado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
Radicación	760013105015201800255 01
Tema	Reliquidación Pensión de Vejez
Subtema	<p>Ley 1112 de 2006: Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España</p> <p>El tiempo de servicios cotizando en España, se puede acumular con las semanas de cotización en Colombia, para acreditar y conservar la pertenencia al régimen de transición, como también para otorgar y reliquidar la pensión de vejez, bajo el amparo en el Acuerdo 049 de 1990.</p> <p>Forma de liquidación de la pensión: Las entidades de seguridad social, deben verificar el monto de la pensión, teniendo como si todos los aportes se le hubieren efectuado a ella (pensión teórica) y, después de esto, determinar que parte o porción de la pensión teórica debe pagar cada institución de los Estados partes (pensión prorrata), siendo esa su obligación.</p> <p>IBL de las pensiones concedidas conforme al Convenio Colombo-Español: En nuestro país, debe calcularse conforme a lo señalado en el Artículo 15 de la Ley 1112 de 2006, inciso segundo.</p>

AUDIENCIA PÚBLICA No. 052

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de abril de 2021, siendo el día y hora previamente señalados, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, se constituye en Audiencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO NO. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020, artículo 15¹**, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la

¹ La Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C- 420 de 2020 efectuó el control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en los **ACUERDOS PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, PCSJA20-11581 del 20 de junio de 2020, y PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de dictar Sentencia de Segunda Instancia en el proceso de la referencia.

En el acto, se procede a resolver los **recursos de apelación** formulados por las partes **demandante** y **demandada** contra la **sentencia 299 del 11 de septiembre de 2019** proferida por el **Juzgado Quince Laboral del Circuito** de esta ciudad; e igualmente surtir **el grado jurisdiccional de consulta** de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por la parte **demandante**, los cuales son tenidos en cuenta en la presente decisión.

No habiendo pruebas que practicar y surtido el trámite legal, procede la Sala a proferir la siguiente,

SENTENCIA No. 050

Antecedentes

GONZALO AYALA THORP, presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-**, con el fin que se reliquide la pensión de vejez, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, actualizando los IBC de los últimos 10 años, que incluyen los aportes realizados en el Reino de España conforme a la Ley 1112 de 2006; y consecuentemente, se ordene el pago de las sumas generadas a prorrata; se envíe la información a las autoridades de seguridad social Españolas, para que se reconozca en ese país la pensión a prorrata restante; se disponga la indexación de las condenas, y las costas.

Demanda y Contestación

En resumen de los hechos, señala el actor que nacido el 6 de junio de 1950, a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, contaba con 43 años de edad.

Que en toda su vida laboral cotizó bajo varios empleadores, acumuló tiempo de servicio público, e igualmente, efectuó cotizaciones a la seguridad social en el Reino de España que fueron certificados con formulario ES/CO-02.

Que, presentada la respectiva solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, la entidad demandada negó la misma a través de la Resolución 000001 del 27 de diciembre de 2011, bajo el argumento de no contar con los requisitos mínimos exigidos. Decisión contra la cual presentó los recursos de ley.

Que mediante Resolución VPB 6446 del 28 de octubre de 2013, se resuelve el recurso de apelación, revocando el anterior acto administrativo, y en su lugar reconoció la pensión de vejez al actor, a partir del 1º de noviembre de 2013, con base en la Ley 71 de 1988, y aplicación del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993. Así, la liquidación de tal prestación se basó en 1031 semanas, un IBL de \$1.905.197, y una tasa de reemplazo del 75%, para obtener una mesada inicial de \$1.428.898.

Que la entidad demandada no tuvo en cuenta para la liquidación de la pensión, los periodos cotizados en el Reino de España, ni el tiempo de servicio público realizado en el Hospital San Vicente de Paul E.S.E., con lo cual se tendrían 1398,5 semanas.

Que el 4 de febrero de 2014, radicó solicitud de reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta los tiempos aportados a la seguridad social del Reino de España. Petición reiterada el 28 de mayo de 2014.

Que a través de Resolución GNR 357356 del 12 de noviembre de 2015, le

fue negada la solicitud de reliquidación, bajo el argumento que la prestación se encontraba ajustada a derecho, reconocida en los términos de la Ley 71 de 1988 en virtud del principio de favorabilidad.

Que posteriormente, el 12 de febrero de 2018, el actor elevó solicitud de revocatoria directa, con el fin de que reliquidara su pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990 o, en su defecto, en los términos de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, asumiendo en ambos eventos para la determinación del IBL, los aportes efectuados en el Reino de España.

Que por medio de la Resolución SUB 89501 del 5 de abril de 2018, Colpensiones negó la solicitud de revocatoria, considerando que la pensión a prorrata era inferior a que actualmente percibía, y a la luz de la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990, solo podían tenerse en cuenta los tiempos laborados en Colombia.

La entidad **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, al dar contestación a la demanda se opuso a las pretensiones de la misma, considerando que los tiempos laborados por el actor en España, no pueden ser tenidos en cuenta para la liquidación diferente a la Ley 797 de 2003, pues la pensión de vejez bajo el convenio con ese país, solo es dable reconocerla con base en el sistema de pensiones vigente.

Finalmente, en su defensa formuló como excepciones de fondo: **inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, y buena fe.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali**, profirió la sentencia **299 del 11 de septiembre de 2019**, declarando no probadas las excepciones propuestas por la demandada, e igualmente, declaró que el actor **GONZALO AYALA THORP**, tiene derecho a la reliquidación de la mesada

pensional a partir del 1º de noviembre de 2013 en cuantía de \$1.739.579, basada en un IBL de \$1.931.866 y una tasa de reemplazo del 90%. Consecuentemente, condenó a la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, a pagar como diferencia de retroactivo pensional, generada entre el 1º de noviembre de 2013 y el 30 de septiembre de 2019, la suma de \$27.291.811, la cual deberá ser indexada al momento de su pago. Señalando que la mesada para el año 2019 corresponde a la suma de \$2.229.124. Autorizó los descuentos para el sistema de seguridad social en salud, e impuso costas a la demandada.

** el juez de primera instancia, en su decisión, consideró que siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, es procedente la acumulación de tiempos públicos y privados para la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, esto es, que en el caso del actor era dable acumular las semanas cotizadas al sistema de pensiones, los tiempos públicos laborados, y los periodos de aportes realizados en España.*

Recursos de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, presentaron recursos de **apelación**, el **demandante** y la **demandada**.

El apoderado del **actor**, señala que su discrepancia apunta al monto de la mesada pensional reconocida, toda vez que, revisada la liquidación realizada por el juzgado, observa que no se tuvieron en cuenta ciertos ingresos base de cotización de algunos periodos. Por lo cual, solicita se revise tal circunstancia para efectos de establecer el monto de la mesada. La apoderada de **Colpensiones**, manifiesta que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en sentencia del 4 de noviembre de 2004, radicado 23611, reiterada en SL del 3 de marzo de 2009, radicado 35792, en las que ha aclarado que las prestaciones del Acuerdo 049 de 1990, incluso cuando son reconocidas en virtud del régimen de transición, se fundamenta en semanas efectivamente sufragadas al Instituto de Seguros Sociales. De manera que no es posible tener en cuenta dentro de su margen de

acción, los tiempos servidos al sector público, y sufragados o no a otras cajas o fondos. Por tal razón, no es posible acceder a las pretensiones del actor.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver los **recursos de apelación** formulados por las partes **demandante** y **demandada**, respecto de la Sentencia proferida por el Juez de primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3º del artículo 69 del C.P.T. y S.S., asume el conocimiento del asunto de referencia en el Grado Jurisdiccional de **Consulta**, ya que la condena se efectuó en contra de una entidad de derecho público en la que la Nación funge como garante, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Revisado el proceso, no existe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y agotado el trámite procesal que corresponde, resulta necesario resolver de fondo la litis en estudio.

Hechos Probados

No existe discusión que: **i)** El demandante GONZALO AYALA THORP fue pensionado por vejez a través de Resolución VPB 6446 del 28 de octubre de 2013, a partir del 1º de noviembre del mismo año, en cuantía inicial de \$1.428.898, basada en 1083 semanas y tasa de reemplazo del 75%, en virtud de la Ley 71 de 1988 y aplicación del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fl.67 a 74); **ii)** conforme a formulario ES/CO-02 CONVENIO ENTRE ESPAÑA Y COLOMBIA SOBRE SEGURIDAD SOCIAL, se acreditan **1820 semanas** cotizadas en el sistema de seguridad social de ESPAÑA (fls. 51 a 59). **iii)** en la Resolución GNR 357356 del 12 de noviembre de 2015, con la que se niega la reliquidación de la pensión de vejez del actor, se asumen para tal estudio las semanas cotizadas en ESPAÑA, con las que acredita un total de **1327 semanas**.

Problemas Jurídicos

De acuerdo a lo pretendido por la demandante, el **debate** en esta Superioridad se circunscribe a establecer: **i)** si las cotizaciones de aportes en España, en virtud del Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España, son válidas para su aplicación en el régimen de transición, y en caso afirmativo, si también es dable acumular las mismas para causar la pensión de vejez conforme al régimen anterior aplicable al afiliado; **ii)** determinar la forma de calcular el **IBL** en virtud del Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España, y el monto correspondiente en el presente asunto; **iii)** verificar la existencia de diferencias de mesadas adeudadas, y **iiii)** la procedencia de indexar las sumas reconocidas.

Análisis del Caso

Aplicación de la Ley 1112 de 2006 (Por medio de la cual se aprueba el “Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España”, hecho en Bogotá, el 6 de septiembre de 2005)

La Ley 1112 de 2006, en su artículo 2º, establece su ámbito de aplicación así:

“ARTÍCULO 2. CAMPO DE APLICACIÓN MATERIAL.

1. El presente Convenio se aplicará:

a) En España:

A la Legislación relativa a las prestaciones contributivas del Sistema Español de la Seguridad Social, en lo que se refiere a incapacidad permanente, muerte y supervivencia por enfermedad común o accidente no laboral y jubilación.

b) En Colombia:

A la legislación relativa a las prestaciones económicas dispuestas en el Sistema General de Pensiones (Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual con Solidaridad), en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común.

2. El presente Convenio se aplicará igualmente a la legislación que en el futuro complete o modifique la enumerada en el apartado precedente.

3. El Convenio se aplicará a las disposiciones que en una Parte Contratante extiendan la legislación vigente prevista en el apartado 1 de este artículo, a nuevos grupos de personas, siempre que la Autoridad Competente de la otra Parte no se oponga a ello dentro de los tres meses siguientes a la recepción de la notificación de dichas disposiciones.”

De igual forma, la citada norma es clara en señalar la forma en que se deben acumular los correspondientes periodos de cotización realizados en casa uno de los países vinculados para la determinación del respectivo derecho pensional, y así mismo, para los periodos que se deben asumir para realizar la liquidación del respectivo **IBL**, en los siguientes términos:

“...ARTÍCULO 8. TOTALIZACIÓN DE PERÍODOS DE SEGURO O COTIZACIÓN.

Cuando la legislación de una Parte Contratante subordine la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones previstas en el artículo 2o de este Convenio, al cumplimiento de determinados períodos de seguro o cotización, la Institución Competente tendrá en cuenta a tal efecto, cuando sea necesario, los períodos de seguro o cotización cumplidos con arreglo a la legislación de la otra Parte Contratante según se establece en el artículo 9o, siempre que no se superpongan.

ARTÍCULO 9. DETERMINACIÓN DEL DERECHO Y LIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES.

Con excepción de lo dispuesto en el artículo 18, el trabajador que haya estado sucesiva o alternativamente sometido a la legislación de una y otra Parte Contratante tendrá derecho a las prestaciones reguladas en este Capítulo en las condiciones siguientes:

1. La Institución Competente de cada Parte determinará el derecho y calculará la prestación, teniendo en cuenta únicamente los períodos de seguro o cotización acreditados en esa Parte.

2. Asimismo la Institución Competente de cada Parte determinará el derecho a prestaciones totalizando con los propios los períodos de seguro o cotización cumplidos bajo la legislación de la otra Parte. Cuando efectuada la totalización se alcance el derecho a la prestación, para el cálculo de la cuantía a pagar, se aplicarán las reglas siguientes:

a) Se determinará la cuantía de la prestación a la cual el interesado hubiera tenido derecho como si todos los períodos de seguro o cotización totalizados hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación (pensión teórica);

b) El importe de la prestación se establecerá aplicando a la pensión teórica, calculada según su legislación, la misma proporción existente entre el período de seguro o cotización cumplido en la Parte a que pertenece la Institución que calcula la prestación y la totalidad de los períodos de seguro o cotización cumplidos en ambas Partes (pensión prorata).

3. Determinados los derechos conforme se establece en los párrafos precedentes, la Institución Competente de cada Parte reconocerá y abonará la prestación que sea más favorable al interesado, independientemente de la resolución adoptada por la Institución Competente de la otra Parte.

(...)

SECCION III.

APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

ARTÍCULO 15. BASE REGULADORA O INGRESO BASE DE LA LIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES.

Para determinar el ingreso base de liquidación para el cálculo de las prestaciones que se reconozcan en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9o, apartado 2 del presente Convenio, la Institución Competente tomará el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales haya cotizado el afiliado en Colombia durante los diez años anteriores al reconocimiento o el promedio de todo el tiempo estimado si éste fuere inferior.

Cuando el período requerido para la determinación de la Base Reguladora de la pensión corresponda a períodos de seguro cubiertos en España, la Institución Competente Colombiana fijará el período de los diez años para la base de cálculo respectiva en relación con la fecha de la última cotización efectuada en Colombia.

La cuantía resultante de este cálculo se ajustará hasta a fecha en que debe devengarse la prestación, de conformidad con su legislación...".
(Subrayas y negrillas fuera de texto).

De la literalidad de norma transcrita, y en especial de lo resaltado y subrayado por esta Sala, se considera que siendo de aplicación el convenio Colombo-Español, "**...a las prestaciones económicas dispuestas en el Sistema General de Pensiones...**" de Colombia, debe entenderse que éste no comprende exclusivamente el reglado por la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, como equivocadamente lo sostiene la demandada, toda vez que por remisión del artículo 36 de la primera, integra los regímenes anteriores a la vigencia del actual sistema pensional.

Reiteración - Acumulación de tiempos públicos y privados, bajo el amparo

del Acuerdo 049 de 1990, en virtud del beneficio del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Y su integración con lo dispuesto en la Ley 1112 de 2006.

Se ha señalado reiteradamente que tanto la Constitución Política como la legislación han pregonado el respeto al principio de favorabilidad, el cual se ha traducido en el postulado de la condición más beneficiosa cuando se trata de elegir entre diversas normas igualmente aplicables al mismo caso.

Debe tenerse igualmente en cuenta, que el actor procura la acumulación de tiempo público laborado y no cotizados al ISS, con las semanas que fueron sufragadas directamente en tal entidad; por lo cual, en este punto, debe esta Sala hacer referencia de lo considerado en casos similares, respecto de la acumulación de tales tiempos para la aplicación del Acuerdo 049 de 1990. **Argumentos que así mismo, serán el sustento de esta Sala para determinar la procedencia de la acumulación de los tiempos de aportes realizados en España.**

Sobre la acumulación de tales tiempos para la aplicación del **Acuerdo 049 de 1990**, ésta Sala en casos similares, se ha fundado en lo considerado por la H. Corte Constitucional en reiteradas sentencias de tutela que datan desde el año 2009, avalando el cómputo de tiempos públicos y privados para acceder a la pensión contemplada en el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, cuando se es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (**T 090 de 2009**); considerando que el referido acuerdo no estableció expresamente que las semanas requeridas debían cotizarse con exclusividad al Instituto de Seguros Sociales. Tal interpretación surge de la aplicación del principio de favorabilidad, e *indubio pro operario* en favor de los intereses del trabajador, contenido en los artículos 53 de la C.P., y 21 del C.S.T. (Sentencias T 566 de 2009, T 583 de 2010, T 714 de 2011 y T - 360 de 2012).

Como complementación del criterio, la Corporación sostuvo que cuando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció que “(...) **Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley (...)**” se debía acudir de manera integral a lo dispuesto por el literal f) del artículo 13, al parágrafo 1º del artículo 33 y al parágrafo del artículo 36 de la misma ley, cuya composición permite la sumatoria de semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, tanto al Instituto de Seguros Sociales, como en cajas o fondos del sector público o privado, y el tiempo de servicio como servidores públicos. (**Sentencias T-100 de 2012, T-596 de 2013, SU 918 de 2013, T – 143 de 2014, SU 769 de 2014 y T – 522 de 2020, entre otras**).

En reciente pronunciamiento por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2557 de 8 de julio de 2020 con ponencia del Dr. **IVAN MAURICIO LENIS GÓMEZ** radicado No. 2425, la Alta Corporación determinó la procedencia de la sumatoria de tiempos servidos en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales², así como ya se ha manifestado en sentencias CSJ SL1947-2020 y CSJ SL1981-2020, en las que se precisó:

“...No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas...”.

Aunado a lo anterior, ésta Sala de Decisión ha adoptado el anterior precedente jurisprudencial a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 por parte de los afiliados, tanto para declarar el derecho pensional como para ordenar su reliquidación, esto es, dado validez a la suma del tiempo de

² Igualmente se puede consultar el reciente pronunciamiento de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SL51472020 (73581) de 21 de octubre de 2020, con ponencia del Dr. **IVAN MAURICIO LENIS GÓMEZ**, al determinar la procedencia de la sumatoria de tiempos servidos en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales,

servicio público laborado por el afiliado, con el cotizado en el régimen de prima media, para tales efectos.

En ese orden, a juicio de la Sala en virtud del **“Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España”**, el tiempo de servicios o periodos de cotización en el Reino de España, también es posible someterlos al régimen contenido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues, por aplicación analógica del antecedente jurisprudencial, el tenor literal de la norma no exige que las semanas para causar la pensión, se aporten exclusivamente a dicho Instituto o en su defecto se realicen traslados de aportes; aunado que el literal b) del Artículo 2 de la Ley 1112 de 2006, señala que el Convenio se aplicará en Colombia: **“...A la legislación relativa a las prestaciones económicas dispuestas en el Sistema General de Pensiones (Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual con Solidaridad), en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común...”**.

Caso Concreto

Como ya se advirtió, el demandante **GONZALO AYALA THORP** fue pensionado por vejez, a través de la Resolución VPB 6446 del 28 de octubre de 2013, a partir del 1º de noviembre del mismo año, en virtud de la Ley 71 de 1988, y aplicación del régimen de transición establecido en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden, considera el actor que, como beneficiario del mencionado régimen de transición, persigue en el presente asunto, se reliquide su pensión de vejez, conforme lo dispone el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, bajo el argumento de que le es más favorable, e igualmente, por ser procedente para tal fin, asumir las semanas cotizadas al sistema de seguridad social de España, en virtud del Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España.

Se encuentra acreditado, y no existe discusión al respecto, que durante su permanencia en España, el demandante acumuló un total de **1820 semanas**, entre el 15 de noviembre de 2001 y el 1º de diciembre de 2008, según se expresa en el formulario ES/CO-02, documento idóneo para validar los tiempos laborados en ese país, para ser acumularlos a las semanas cotizadas en Colombia, en virtud del Convenio de Seguridad Social existente entre la Republica de Colombia y el Reino de España, aprobado mediante **Ley 1112 de 2006**.

Con relación a lo anterior, se advierte que en la **Resolución GNR 357356 del 12 de noviembre de 2015** (fls. 76 a 79), se tuvieron en cuenta para el estudio de la reliquidación de la pensión de vejez del actor, las semanas cotizadas en ESPAÑA, acreditando un total de 1327 semanas,

Por tanto, otorgado el derecho pensional de vejez al actor a partir del 1º de noviembre de 2013, a tal calenda superaba las **1.000 semanas**, exigidas para generar dicho derecho en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Con lo cual, es dable concluir que a señor GONZALO AYALA THORP, le asiste el derecho de liquidar su pensión de vejez a la luz de esa normatividad, y en especial para elevar la tasa de reemplazo al **90%**, al contabilizar más de 1250 semanas cotizadas.

En cuanto, a la forma en que se debe calcular el **IBL**, ha considerado esta Sala que el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, conforme a lo dispuesto en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 *ibídem*, puede establecerse con el promedio del tiempo que le hiciera falta al afiliado para acceder al derecho, lo cotizado en toda la vida laboral, o lo cotizado en los últimos diez años, optando por el que le fuere aplicable y más favorable; teniendo en cuenta la totalidad de semanas que realmente fueron acumuladas por el afiliado.

Debe tenerse en cuenta en este asunto, que lo pretendido por el actor en el presente asunto como en su recurso de apelación, es que se tengan en

cuentan para la liquidación del **IBL**, los periodos o aporte realizados en el Reino de España, esto es, que se asuma para tal fin lo cotizado en los últimos diez años, abarcando dichos aportes.

Como antes lo indicó esta Sala, los artículos artículo **9 y 15 de la Ley 1112 de 2006**, establecen la forma y términos en que debe realizarse la operación para la liquidación de la prestación a reconocer, que el presente asunto es la pensión de vejez.

En efecto, el artículo 9º ibidem dispuso que las entidades de seguridad social, tienen la obligación de verificar el monto de la pensión, haciendo la ficción que todos los aportes se le hubieren efectuado a ella, lo cual el convenio denomina **-pensión teórica-**; luego se determina que parte o porción de la pensión teórica debe pagar cada Institución de los Estados partes, esto es una **-pensión prorata-**; y esa será su obligación con el afiliado. En términos simples, en Colombia, y en España, los entes de seguridad social, deben hacer la ficción que el afiliado cumplió con los requisitos de cada país para poderse pensionar, y la calculan; luego, se establece a prorrata que porción de la misma debe pagarse por cada institución.

Ahora bien, para establecer el valor de la pensión teórica en Colombia, debe acudirse al **artículo 15 ibidem**, que establece que para la liquidación deben promediarse “**...los salarios o rentas sobre las cuales haya cotizado el afiliado en Colombia durante los diez años anteriores al reconocimiento o el promedio de todo el tiempo estimado si éste fuere inferior...**”; sin embargo, advierte la norma que en el periodo a promediar se debe excluir el tiempo de servicios en España, pues su literal reza que: “*...Cuando el período requerido para la determinación de la Base Reguladora de la pensión corresponda a períodos de seguro cubiertos en España, la Institución Competente Colombiana fijará el período de los diez años para la base de cálculo respectiva en relación con la fecha de la última cotización efectuada en Colombia...*”

Acudiendo al reporte de semanas cotizadas (fls. 26 a 31), se observa que el demandante registró pago de aportes al sistema general de pensiones en Colombia, ante la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSINES, hasta el día **31 de agosto de 2012**. Lo cual significa que para la liquidación del IBL, con el promedio de lo cotizado en los últimos diez años por el afiliado, abarcaría hasta el 31 de agosto de 2002.

Conforme a formulario ES/CO-02 CONVENIO ENTRE ESPAÑA Y COLOMBIA SOBRE SEGURIDAD SOCIAL, con el que se acreditan **1820 semanas** cotizadas en el sistema de seguridad social de ESPAÑA (fls. 51 a 59), se puede extraer que éstas fueron acumuladas interrumpidamente entre el 15 de noviembre de 2001 y el 1º de diciembre de 2008.

Por tanto, al estar estos periodos cotizados en España, dentro del interregno de los diez años para la liquidación de aportes, se deben asumir en el presente caso solo los aportes en pensiones realizados en Colombia, de acuerdo al artículo 15 de la Ley 1112 de 2006. Debiéndose así despachar desfavorablemente la pretensión del actor de incluir dentro de la liquidación del respectivo IBL, los aportes realizados en España.

Sentado lo anterior, y realizado el cálculo del **IBL** con el mencionado promedio de lo cotizado por el afiliado en los últimos diez años, se obtuvo una suma correspondiente a **\$1.956.920**, que al aplicarle la correspondiente tasa de reemplazo del 90%, se obtiene una mesada inicial de **\$1.761.228**.

Suma que es superior a la otorgada por la entidad demandada en la **Resolución VPB 6446 de 2013**, a partir del 1º de noviembre de 2013, en cuantía de \$1.428.898; y de igual forma superior, a la reliquidada en la decisión de primera instancia donde se fijó la suma de \$1.739.579.

En conclusión, se considera que es procedente acceder al reajuste pensional deprecado por la parte actora, pero en virtud de la reliquidación aquí establecida; y consecuentemente al reconocimiento de

las diferencias pensionales. Por lo cual, la sentencia de primera instancia deberá ser modificada.

Prescripción

Es de anotar en este punto, que en el presente caso no ha operado la **prescripción**, sobre las diferencias generadas en favor del actor, toda vez que el derecho pensional fue otorgado con la **Resolución VPB 6446 del 28 de octubre de 2013**, el recurso de apelación formulado en contra de la misma fue resuelto con la **Resolución GNR 357356 del 12 de noviembre de 2015**, la presente acción fue radicada el 17 de mayo de 2018.

Así, se condenará a la entidad demandada a cancelar en favor del actor, por concepto de diferencia pensional generada entre el **1º de noviembre de 2013 y el 31 de marzo de 2021**, la suma de **\$37.990.857,47**. Señalando que, la mesada a cancelar a partir del mes de abril de **2021**, corresponde a la suma de **\$2.380.342**, con los incrementos de ley para los años subsiguientes.

Indexación

Dada la procedencia del reconocimiento de diferencias pensionales en favor del actor, es pertinente examinar si es procedente actualizar dichos valores mediante la **indexación**.

Considera la Sala que al no haber sido recibidos los valores o sumas de dinero correspondientes a los mencionados emolumentos dentro del período de su causación, es claro que los mismos se encuentran afectados por el fenómeno económico de la devaluación monetaria que opera en economías inflacionarias como la colombiana; por consiguiente, se considera procedente condenar al reconocimiento de la indexación de dichos valores.

Descuentos en Salud

De otra parte, considera la Sala que en el presente caso se debe **autorizar**, igualmente, a la administradora pensional para que efectúe las retenciones legales y obligatorias para el subsistema de **salud**, salvo de las mesadas adicionales, conforme lo establece el artículo 143 de la ley 100 de 1993, como quiera que es una consecuencia que está estrechamente ligada o inherente al reconocimiento de la pensión derivada de los principios de universalidad y solidaridad. Es decir, es una carga que le impone la ley al pensionado de pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, precisamente en razón a esa condición. En tal sentido, se puede consultar la Sentencia 48003 de 21 de junio de 2011, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Costas

Teniendo en cuenta que el artículo 361 del CGP, dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. Resulta imperioso imponer tal condena a la parte **demandada** al no haber salido avante el recurso formulado. Fijando como agencias en derecho a su cargo la suma de tres (3) SMLMV.

Así mismo, con lo aquí considerado se tienen atendidos tanto los argumentos de las apelaciones como los **alegatos de conclusión** que fueron presentados por las partes.

Decisión

En mérito de lo expuesto, ésta Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFÍCANSE los numerales **segundo** y **tercero** de la sentencia

299 del 11 de septiembre de 2019 proferida por el **Juzgado Quince Laboral del Circuito** de esta ciudad, los cuales quedarán así:

“SEGUNDO: DECLARAR que GONZALO AYALA THORP, con cédula de ciudadanía No. 14.969.747, tiene derecho a la reliquidación de la mesada pensional a partir del 1° de noviembre de 2013, basado en un IBL de **\$1.956.920**, una tasa de reemplazo del **90%**, y una mesada inicial de **\$1.761.228**.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar en favor de GONZALO AYALA THORP, por concepto de diferencia pensional generada entre el **1° de noviembre de 2013 y el 31 de marzo de 2021**, la suma de **\$37.990.857,47**, la cual deberá ser indexada al momento de su pago, junto con las diferencias que se sigan causando. Señalando que la mesada a cancelar a partir del mes de abril de **2021**, corresponde a la suma de **\$2.380.342**, con los incrementos de ley para los años subsiguientes.”

SEGUNDO: CONFÍRMASE en todo lo demás, la sentencia apelada y consultada, **No. 299 del 11 de septiembre de 2019** proferida por el **Juzgado Quince Laboral del Circuito** de esta ciudad, por lo aquí expuesto.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la entidad **demandada** y en favor del demandante; tásense como agencias en derecho las causadas en esta instancia, la suma de tres (3) SMLMV.

CUARTO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada