

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA N° 165 SEGUNDA INSTANCIA

Santiago de Cali, veintiocho (28) de septiembre del año dos mil veintitrés (2023)

Radicación N° 006-2016-01167-01

La señora **FRANCIA INÉS LONDOÑO DUQUE**, actuando a través de apoderado judicial, inició proceso ordinario laboral de Única Instancia en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, con el fin de obtener el reconocimiento y pago del incremento pensional por persona a cargo, retroactivo, reliquidación de la pensión de vejez conforme al régimen de transición e indexación

HECHOS DE LA ACCIÓN

Se resumen los hechos de la acción, indicándose que COLPENSIONES, reconoció a la reclamante a través de la Resolución No. GNR 388230 del 05 de noviembre del 2014, la pensión de vejez, a partir del 16/10/2014, teniéndolo como beneficiario del régimen de transición.

Señala además que la pensionada convive con su cónyuge señor LUIS CARLOS BEJARANO TOFIÑO, desde hace más de 30 años y en forma ininterrumpida quien depende de ella.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, admite la condición de pensionado por vejez del demandante, bajo los lineamientos del régimen de transición, admitiendo el reclamo que en procura de la reliquidación de la pensión de vejez, cambiando la tasa de reemplazo

del 84% al 90%, por considerar contar con más de 1250 semanas cotizadas, si se tiene en cuenta los periodos cotizados al Reino de España y el incremento por cónyuge a cargo, señalando no constarle lo atiente a la convivencia y dependencia económica del esposo respecto de la pensionada.

Por lo que se opone a las pretensiones al considerar que la reclamante se le concedió su derecho bajo los lineamientos del régimen de transición, manifestando "**que en principio se hace necesario estudiar la pensión de vejez solicitada únicamente con los tiempos cotizados en Colombia para establecer si con estos adquiere el derecho pensional y verificar el principio de favorabilidad**" siendo improcedente la reliquidación de la pensión de vejez y en cuanto al incremento por cónyuge a cargo, manifiesta que la normatividad que no contempló entre sus prestaciones el incremento reclamado, mencionando de igual manera la decisión S.U. 140 de 2019 de la corte constitucional que declaro la derogatoria orgánica de los incrementos formulando en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y falta de requisitos legales para obtener el derecho .

DECISIÓN DE UNICA INSTANCIA

Los argumentos del Juez de Instancia para la decisión objeto de consulta,

Las cotizaciones al reino de España no son consideradas puesto que los 554 días de ninguna manera son asimilares a cotizaciones, por lo menos no conforme con el acuerdo 049 de 1990 y por ende no pueden sumarse cotizaciones para efecto de tomarlos como totales de semanas cotizadas, teniendo en cuenta además que la ley 1112 del 2006 en su artículo 9º indica:

"...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."

Concluyendo con esto, que *"la LEY no expresó tácitamente que los días que se realicen en el reino de España serían asimilables a cotizaciones ni tampoco se puede inferir tácitamente por cuanto tener en cuenta unos períodos de cotización no es igual a tenerlos como cotizados en el estado correspondiente"* que además las altas cortes han señalado en reiteradas oportunidades que el decreto 758 de 1990 se compone de cotizaciones exclusivas al ISS y por lo tanto, deduce que las cotizadas en otro país no pueden tomarse en cuenta.

En cuanto al incremento pensional, se sustentó en la unificación que sobre el tema de los incrementos pensionales por persona a cargo sentó la Corte Constitucional en la Sentencia S.U. 140 de 2019, acogiendo al criterio de interpretación de la extinción de los incrementos pensionales contenidos en el Acuerdo 049 de 1990 por la expedición de la ley 100 de 1993 y por consiguiente da aplicación a dicha providencia y considera que no hay lugar a el reconocimiento de los incrementos pensionales en las prestaciones económicas por vejez concedidas en vigencia de la Ley 100 de 1993.

DECISIÓN DE CONSULTA

Admitida la consulta se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, siendo procedente entrar a resolver teniendo en cuenta que no se observa causal que pueda invalidar lo actuado previas las siguientes.

PROBLEMA JURÍDICO

Este despacho centrara el problema jurídico en determinar si se reúnen los requisitos establecidos en la ley para la procedencia del reconocimiento y pago del incremento por cónyuge o compañero y a la reliquidación de la pensión de vejez con una tasa de reemplazo del 90%, esto, teniendo en cuenta las cotizaciones realizadas al Reino de España.

CONSIDERACIONES

Dadas las resultas de la CONSULTA, bastan las consideraciones expuestas, para reiterar que la aplicación del convenio suscrito entre Colombia y España para efectos pensionales, aprobado mediante la Ley 1112 de 2006, implica:

i) el reconocimiento de periodos de cotizaciones que realizó el afiliado en ambos Estados; ii) esto último depende de que las semanas validadas en el territorio propio no sean suficientes para causar una pensión conforme la legislación interna y, iii) en todo caso, que la validación de los aportes efectuados en el otro territorio, se haga conforme el acuerdo interadministrativo firmado entre Colombia y España el 28 de enero de 2008, con la gestión de los respectivos formularios.

Igualmente es imperioso mencionar que a través de sentencia **CSJ SL4193-2021**, en línea con lo orientado en la providencia **CSJ SL2666-2021**, se *"...casó la providencia recurrida, al ser un hecho indiscutido que el trámite previsto en el Acuerdo Administrativo del 28 de enero de 2008, se cumplió y finalizó, según se infiere de la Resolución n.º GNR 376166 del 9 de diciembre de 2016, por lo que procedía la convalidación de las **1.116,42 semanas** aportadas por el señor M.S. en el Reino de España, que sumadas a las **675** cotizadas en Colombia, totalizan de 1.791, las cuales le permitían causar el derecho a la luz el Acuerdo 049 de 1990, por superar la densidad de 1.000 semanas de aportaciones en cualquier tiempo, criterio que también es aplicable a conflictos como el presente, en el que se persigue la reliquidación de la prestación, pues tal hipótesis, contrario a lo deducido por el Tribunal, no la excluye la normativa en comento, ni la fuente jurisprudencial."*

Ahora bien, no es objeto de controversia que la demandante es beneficiaria del régimen de transición por semanas cotizadas, ya que tenía más de 15 años cotizados a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 y arribó a los 55 años de edad en el 2014, es claro que conservó aquel beneficio ya que además consolidó más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, es decir, al 29 de julio de 2005, por lo que tiene derecho a la reliquidación de la prestación que le reconoció la entidad de seguridad social, cuya fecha de disfrute estableció a partir del 16 de octubre de 2014, esto es, el día en que cumplió la edad para pensionarse.

Como lo ha explicado la alta corte en sede de casación, el procedimiento que debe adelantarse para la liquidación de la prestación, es el siguiente:

- a) Se calcula la cuantía de lo que el instrumento denominó «pensión teórica», correspondiente a aquella a la que el afiliado habría tenido derecho si los periodos cotizados en ambos países hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación.
- b) Se toma la pensión teórica, y se le aplica la proporción que resulte entre la densidad de cotizaciones realizada en Colombia, con la totalidad de los aportes hechos en ambos países. Al resultado, se le denomina «pensión prorrateada».
- c) Una vez ambos estados han determinado de manera independiente los valores de las pensiones prorrateadas, **el sistema de seguridad social en pensiones colombiano reconoce y abona la fracción de la prestación que sea más favorable al interesado**, con independencia de lo resuelto sobre esta prestación en España.

En ese sentido, el artículo 16 del Convenio establece que una vez se encuentren certificados los tiempos servidos o aportados por el trabajador a cada una de las partes, *"la institución colombiana competente, podrá reconocer y pagar independientemente la prorrateada a que el interesado tiene derecho según el apartado 2º del artículo 9º, cuando este cumpla con la edad requerida"*.

Por su parte, el artículo 17 del instrumento internacional estatuye que, si la parte colombiana inicia a pagar la prorrateada a su cargo antes que la española, la institución competente de esta deberá certificar las cotizaciones realizadas por el asegurado en su sistema de pensiones, con lo cual *"[...] se presumirá que el interesado está"*

incluido, para la parte española, en el ámbito de aplicación personal del Convenio". En otras palabras, reconocida la proporción a cargo de Colombia y certificados los periodos a cargo de España, este último Estado queda obligado a pagar la prorrata a su cargo.

Por otro lado, **frente al IBL para el cálculo de la prestación**, el artículo 15 del convenio estatuye que corresponde al "*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 [sic] fuere inferior*". Pero, **"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"**.

De donde la "*pensión teórica*" es la que le correspondería al demandante si todas las semanas las hubiera cotizado en el territorio nacional. Por ello, conforme a lo dicho, se liquidará la prestación y el IBL será el promedio de los salarios que sirvieron como base para las cotizaciones de los últimos 10 años en Colombia, al tenor de lo dispuesto en el convenio internacional.

Realizado el correspondiente cálculo, con fundamento en los medios de prueba que obran en el expediente, se tiene como ingreso base de liquidación, la suma de \$2.696.427, que al aplicarle la tasa de remplazo del 87%, esto, por cuanto la actora cotizó un total de 1239,71 semanas en toda su vida laboral, las cuales se componen de 1.160,57 semanas cotizadas a COLPENSIONES y 79,14 semanas o su equivalente a 554 días cotizados al Reino de España, que sumados ambos periodos arroja un total de 1239,71, por lo tanto, la cuantía de la pensión teórica, equivalente a \$2.345.891,49 para el 16 de octubre de 2014. Suma relativamente superior al calculado por COLPENSIONES que mediante resolución GNR 388230 del 2014 reconoció una mesada pensional por \$2.264.999. a lo que COLPENSIONES deberá reconocer y pagar en favor de la actora un retroactivo pensional sobre la diferencia causada en la mesada pensional a partir del 16 de octubre de 2014 y hasta que se haga efectivo su pago, retroactivo que deberá ser indexado de conformidad con el IPC emitido por el DANE.

En cuanto a la excepción de prescripción, ésta no tiene ningún efecto jurídico puesto que el derecho a reclamar nace el 16 de octubre de 2014 y la reclamación administrativa y posterior presentación de la demanda se surtieron dos años después, es decir, en el 2016, por lo que, al no transcurrir más de 3 años como lo señala el art. 488 del C.P.T. no hay lugar a la mencionada excepción.

Respecto al reconocimiento y pago del incremento pensional por persona a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, con su respectiva indexación, este Despacho consideraba que los mismos eran pertinentes aun después de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, siguiendo el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, en esta oportunidad cambia este despacho su postura, en razón de la sentencia SU 140 de marzo de 2019, donde instituye que el Decreto 758 de 1990 en su artículo 21 solo es aplicable para quienes se pensionaron de manera directa con esa norma y no para los que se les aplicó ese decreto por remisión régimen de transición del Artículo 36 de la ley 100 de 1993, declarando la derogatoria orgánica de la disposición contentiva de los incrementos. Precedente en vigor, con el que esta instancia decide apartarse del criterio hasta ahora sostenido y teniendo en cuenta las decisiones Unificadoras S.U. 611 de 2017 y S.U. 023 de 2018 acerca del carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes y la aplicación "prima facie" de los mismos.

Razonamiento que debe aplicarse sin importar la fecha en qué se impetró la acción aquí estudiada por cuanto no se trata de una sentencia de exequibilidad que saca una regla del ordenamiento jurídico a partir de una fecha determinada, sino de una sentencia de unificación que advierte claramente que a partir del 1 de abril de 1994 desapareció de la vida jurídica el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Si bien el artículo 230 de la Constitución Nacional, establece que los jueces en sus decisiones deben estar sometidos al imperio de la ley, atendiendo la máxima de que el precedente judicial emitido por parte de las corporaciones de cierre tiene un carácter ordenador y de unificación, que buscan hacer efectivos principios constitucionales como el de igualdad, confianza legítima y debido proceso, se impone su estricto acatamiento.

Así las cosas, tenemos que al darle aplicación a la S.U. 140 de 2019, providencia que generó la decisión de primera instancia y sirvió de sustento para negar a la parte demandante el incremento solicitado por cuanto su derecho pensional fue causado vigencia de la Ley 100 de 1993, se impone de acuerdo con los lineamientos de la mencionada decisión de unificación, ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en la demanda, por lo que se confirmará la decisión.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI (VALLE)**, administrando justicia en nombre de la **REPUBLICA DE COLOMBIA** y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia N° 314 proferida el 13 de diciembre de 2018 por el Juzgado sexto Laboral municipal de pequeñas causas, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **FRANCIA INÉS LONDOÑO DUQUE** contra COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: En su lugar, **ORDENAR** a **COLPENSIONES** que, dentro del mes siguiente a la firmeza de esta sentencia, continúe con el trámite de la reliquidación de pensión de vejez de la Sra. **FRANCIA INÉS LONDOÑO DUQUE** ante el Reino de España, o lo inicie si no se ha hecho hasta ahora, en los términos y en la forma establecida en la ley 1112 de 2006 y el Acuerdo administrativo del 28 de enero de 2008.

TERCERO: ADVERTIR a **COLPENSIONES**, que la reliquidación de la mesada pensional de la Sra. **FRANCIA INÉS LONDOÑO DUQUE** se debe hacer bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1.990, norma que se aplicó a la pensión de vejez que se reconoció a favor de aquella por ser beneficiaria del régimen de transición y teniendo en cuenta que la mesada inicial corresponde a \$\$2.345.891,49 para el 16 de octubre de 2014, del retroactivo que se cause se deberá indexar conforme al IPC emitido por el Dane.

CUARTO: CONFIRMAR la Sentencia N° 314 proferida el 13 de diciembre de 2018, en lo correspondiente al incremento del 14% por cónyuge a cargo.

QUINTO: CONDENAR en costas de primera y segunda instancia a **COLPENSIONES** a favor de la demandante, las cuales deben liquidarse por el Juzgado de origen y la Secretaría de este Despacho respectivamente. Como agencias en derecho en esta instancia se fija la suma \$1.500.000.

SEXTO: DEVOLVER la presente actuación al juzgado de origen, para lo pertinente.

La Juez,



MARITZA LUNA CANDELO

Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Cali