

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	ELSA PATRICIA WILCHES ROZO
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 011 2019 00226 01
JUZGADO DE ORIGEN:	ONCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN Y CONSULTA INEFICACIA/NULIDAD DE TRASLADO, PENSION DE VEJEZ.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 106

Santiago de Cali, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO, GERMAN VARELA COLLAZOS y MARY ELENA SOLARTE MELO quien la preside, previa deliberación en los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia No. 246 del 30 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 463

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la nulidad del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS, se declare que es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de vejez, de manera subsidiaria se condene a PORVENIR S.A. a reconocer pensión

de vejez en cuantía que le hubiera correspondido en el RPM, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones señala que:

- i) Nació el 3 de noviembre de 1956, cumplió 55 años de edad en el año 2011.
- ii) Cotizó al RPM desde mayo de 1984 hasta noviembre de 1997, con un total de 661 semanas. Ha cotizado al RAIS con PORVENIR S.A., desde febrero de 2003 hasta el 31 de enero de 2019, 822 semanas. En total cuenta con 1.536 semanas cotizadas.
- iii) Al 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, siendo protegida por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. A la expedición del acto legislativo 01 de 2005 contaba con 836 semanas.
- iv) Se traslado al RAIS el 18 de julio de 2003, sin que mediara una asesoría personal y profesional por parte de PORVENIR S.A.
- v) El 3 de mayo de 2019, radicó ante COLPENSIONES reclamación para que se aceptara el traslado del RAIS.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Formula como excepciones de mérito que denominó: *“inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, la innominada, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe”*.

PORVENIR S.A.

Formula como excepciones de mérito que denominó: *“prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación, buena fe”*.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 246 del 30 de noviembre de 2021, resolvió:

DECLARAR la ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia generar el regreso automático al RPM administrado por COLPENSIONES.

CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas que recibió con ocasión del traslado, entre ellas, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados, debidamente indexadas todas las comisiones y gastos de administración, incluidas las primas de seguro previsional.

ORDENAR a COLPENSIONES reciba las sumas provenientes de PORVENIR S.A., para mantener su estabilidad financiera y para financiar la prestación económica que como RPM debe asumir en favor de la demandante.

DECLARAR que la demandante es beneficiaria de la pensión de vejez causada el 1 de julio de 2021, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de \$13.804.205, y a razón de 13 mesadas al año.

CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar, la suma de \$82.825.2309, correspondiente al retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre 1 de julio de 2021 y el 30 de noviembre de 2021. La mesada que deberá seguir pagando la entidad a la demandante desde el 1 de diciembre de 2021 asciende a \$13.804.205, sin perjuicio de los incrementos legales que se decrete.

AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del retroactivo el valor correspondiente de aportes al sistema de seguridad social en salud.

CONDENAR a COLPENSIONES a indexar mes a mes las mesadas reconocidas, desde la fecha de su causación hasta que se haga efectivo el pago.

Condenó en costas a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, indicando que el traslado de régimen fue libre y voluntario y por ende válido. Afirma que no se logró acreditar el engaño o la inducción al error al momento del traslado de régimen. Sobre la condena de reconocimiento de la pensión de vejez, indicó que la demandante no cumple los requisitos para acceder a ella. Se opone a la condena en costas.

La apoderada de PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia, indicando que PORVENIR S.A. actuó de buena fe al momento de la afiliación y el formulario de afiliación acredita que se le suministró la información de manera verbal, cumpliendo los lineamientos legales para ese momento. La solicitud de la demandante no obedece a la falta de información o engaño, sino por la inconformidad frente a una mesada pensional. Frente al acto de afiliación si se puede aplicar la prescripción, pues no esta en duda el derecho pensional de la actora. Manifiesta que, de confirmarse la ineficacia, no hay lugar a que se ordene la devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales.

Se examina también por consulta en favor de COLPENSIONES, -artículo 69 CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007-.

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del plazo conferido, la demandante, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión.

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no se constituyen en una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado ante el a quo.

2. CONSIDERACIONES

No advierte la sala violación de derecho fundamental alguno, así como tampoco ausencia de presupuestos procesales que conlleven a una nulidad.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en las pruebas aportadas al proceso, la Sala procederá a resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Es nulo y/o ineficaz el traslado de régimen del demandante?, o, por el contrario, ¿es válida su afiliación al RAIS?, y de ser lo primero, ¿debe entenderse que el demandante nunca se afilió a PORVENIR S.A.?

¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos establecidos en primera instancia?

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se modificará y adicionará**, por las siguientes razones:

Frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 que: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”**

Y a su vez, de manera expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagró multas y sanciones para el empleador o cualquier persona natural o jurídica que: **“impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”, con la consecuencia que “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador (...).”**

Por su parte, el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, señala que los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, **podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.**

Y a su vez, el inciso 2° del Art. 2 del Decreto 1642 de 1995, que reglamenta la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que **“La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria”**

La demandante venía vinculado válidamente al RMP desde el 31 de mayo de 1984 (fl. 56 – 01CuadernoOrdinarioRad201900226) hasta el 18 de julio de 2003 fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PORVENIR S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliada hasta la fecha (fl. 155 – 01CuadernoOrdinarioRad201900226).

El artículo 11 del Decreto 692 de 1994, establece que el trámite para la selección y vinculación que implica la aceptación de las condiciones propias del régimen para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, debe ser libre y voluntario por parte del afiliado, manifestando sin lugar a dudas, que exista la voluntad y el consentimiento debidamente informado de cuáles son las condiciones en las que se va a verificar esa vinculación.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, en el formulario se deberá consignar que la decisión de trasladarse se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, para lo cual el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero esto no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, sus beneficios y desventajas.

A este respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en **sentencia del 3 de septiembre de 2014**, radicación 46292, SL12136 MP. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó que para efectos de optar por alguno de los dos (2) regímenes pensionales existentes **“...el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigente, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»;...”**

Refiere además la Corporación que, cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la conservación del régimen de prima media con ley 100 de 1993 y sus reformas, o la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se hace necesario, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro, pues a su juicio, **“no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.”**

Además, ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, las AFP tiene el deber de brindar información a los afiliados o usuarios sobre el sistema pensional, correspondiendo a los jueces evaluar el cumplimiento de esta obligación; sin que sea suficiente para acreditar el cumplimiento de este deber, el simple consentimiento plasmado en el formulario de afiliación, por lo que se requiere de un «*consentimiento informado*», pues se trata de que el afiliado tenga elementos de juicio que le permitan evaluar la trascendencia de la decisión que adopta, correspondiendo la carga de la prueba respecto a estos aspectos relacionados con el suministro de información a los fondos de pensiones, operando una inversión de la carga probatoria en favor del afiliado demandante¹.

Además, la Corte Suprema en Sentencia SL1452-2019, sostuvo:

“Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

¹ CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 31314, 9 sep. 2008; CSJ SL 33083, 22 nov. 2011; CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; SL19447-2017; SL 1452-2019; SL 4360-2019.

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera”.

Ahora, respecto al deber de información en la sentencia SL1452-2019, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral hace una amplia explicación de la evolución que ha tenido, dividiéndolo en etapas. La corporación sostiene que la prestación de un servicio público esencial con la incursión en el sistema de seguridad social de actores privados, como es el caso de las AFP del RAIS, ha estado desde un principio, sujeta a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba, entendiendo que la escogencia *libre y voluntaria* del régimen pensional necesariamente implica *conocimiento*, el cual solo se obtiene cuando se “saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole”. Encontrándose este aspecto establecido desde el Decreto 663 de 1993, y posteriormente en Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Para efectos ilustrativos se transcribe el cuadro de etapas traído en la sentencia mencionada en precedencia.

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar

	23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que PORVENIR S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, le suministrara al afiliado una “suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras”, situación que no aconteció, pues la única prueba que reposa en el expediente es la suscripción de un formulario de “solicitud de vinculación” (f. 155 – 01CuadernoOrdinarioRad201900226), situación que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a que en él se impone en forma genérica la leyenda de que la escogencia del Régimen de Ahorro Individual se realizó “en forma libre, espontánea y sin presiones”.

Así pues, no se demuestra que PORVENIR S.A., haya desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, ni se le informó respecto de la diferencia en el pago de aportes, y demás condiciones y diferencias entre los dos regímenes pensionales, así como beneficios y desventajas, con lo cual se concluye que no ha cumplido con la carga probatoria que les incumbe a la luz de lo dicho por la jurisprudencia².

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

No hay prueba en el expediente, y tenía PORVENIR S.A., la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del CC., omisión con la cual se genera la ineficacia del cambio de régimen, en razón a que la vinculación o afiliación al RAIS en estos términos no es válida.

Respecto de las implicaciones como consecuencia de la ineficacia y/o nulidad del traslado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4360-2019, estableció que, tanto para la ineficacia como para la nulidad del traslado de régimen, “...que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda...” y esta es que se debe declarar que “...el negocio jurídico no se ha celebrado jamás”, sosteniendo que:

“Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto por el alto tribunal laboral, dada la declaratoria de la nulidad del traslado del demandante del RPM al RAIS, se tiene que el actor nunca salió del primero, conservando todos los beneficios a que

tuviere derecho de no haberse retirado, esto incluido el beneficio del régimen de transición si hubiera el caso³.

Sobre las sumas adicionales de las aseguradoras, se debe señalar que se condena a la devolución del porcentaje destinado a financiar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, mismos que hacen parte del porcentaje de gastos de administración, en los términos del Art. 20 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, resulta procedente la condena impuesta por el *a quo*, debiendo adicionarse para ordenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, se ordenará a COLPENSIONES aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales a la afiliada.

No prospera la prescripción, pues en tratándose de derechos en materia de seguridad social, como lo es la libre escogencia de régimen, se tornan imprescriptibles e irrenunciables conforme lo señala el artículo 48 de la CP y la jurisprudencia⁴.

PENSIÓN DE VEJEZ

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL3745 -2020, estableció:

“Es necesario recordar que la declaratoria de ineficacia de la afiliación o traslado del demandante al régimen de ahorro individual, hace que las cosas retornen al estado anterior (CSJ SL4989-2018); por tal razón, es

³ SL4360-2019: *Trayendo a colación lo expuesto y como quiera que en este caso es una medida factible la vuelta al statu quo ante, la Sala declarará la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que Gloria Inés Restrepo nunca migró al régimen privado de pensiones o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, en consecuencia, no perdió los beneficios de la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues contaba con más de 35 años de edad al 1.º de abril de 1994 y bajo las reglas del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 alcanzó la densidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez.*

⁴ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

claro que la actora jamás perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993...

El artículo 36 de Ley 100 de 1993, establece:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. 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.”

La demandante nació el 3 de noviembre de 1956 (f. 24 – 01cuadernoOrdinarioRad201900226), por tanto, al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 37 años de edad, siendo en principio beneficiaria del régimen de transición.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, tiene como requisitos para acceder a la prestación por vejez, el cumplimiento de 55 años para el caso de las mujeres y acreditar 1.000 semanas en cualquier tiempo o 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión.

Dada la fecha de nacimiento del demandante, el 3 de noviembre de 1956, los 55 años de edad los cumple el mismo día y mes del año 2011.

El Acto Legislativo 01 de 2005 estableció límite en el tiempo para acceder a los derechos pensionales en aplicación del régimen de transición, es así como en su parágrafo transitorio 4 consagró que el beneficio de la transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para quienes tengan cotizadas al menos 750 semanas a la entrada en vigencia de dicha norma (25 de julio de 2005), extendiéndose el beneficio hasta el 31 de diciembre de 2014.

Ahora, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y por el principio de favorabilidad interpretativa⁵, aplicado por esta Sala en sus precedentes, se pueden contabilizar tiempos públicos no cotizados con las semanas aportadas al ISS en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, tanto para el cumplimiento de las 1000 semanas como para las 500 en los 20 años anteriores a la edad, y en tal sentido le asiste razón al demandante y al Juez de primera instancia al reconocer la reliquidación solicitada.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-256 del 27 de abril de 2017, dijo:

“Sin embargo, esta Corporación consideró necesario unificar su criterio y, con ese propósito, profirió la sentencia SU-769 de 2014⁶, en la que, en lo que interesa a esta providencia, sentó la tesis según la cual es posible efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, señalando que:

“es un aspecto que quedó consagrado en la Ley 100 de 1993 precisamente para dar solución a la desarticulación entre los diferentes regímenes que durante un tiempo hizo imposible acumular tiempos de servicio con diferentes empleadores, reduciendo notablemente la posibilidad de los trabajadores para acceder a la pensión de vejez”.

Por tanto, “es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990”.

Si bien la Corte Suprema de Justicia mantenía el criterio de la no procedencia de la acumulación de tiempos públicos y privados en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, en Sentencia SL 1947 del 1 de julio de 2020, modificó su precedente “... para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de

⁵ C. Const: sentencias C-177 del 04 de mayo de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; T-090 del 17 de febrero de 2009, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, T-559 del 14 de julio de 2011, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla y T-145 del 14 de marzo de 2013, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa. SU-918 del 05 de diciembre de 2013, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia T-466 del 28 de julio 2015, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio: “7.9. Como pudo observarse, en cada una de las providencias reseñadas, en aplicación del principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de las normas en materia laboral, resulta más beneficioso para los trabajadores asumir tal postura. Además, de aceptar una interpretación contraria, la misma iría en contravía de los postulados constitucionales y jurisprudenciales, si se tiene en cuenta que la mentada norma en ninguno de sus apartes menciona la imposibilidad de realizar tal acumulación.”

⁶ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

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.”, posición ratificada en sentencia SL 2066-2022, así: “Corolario de lo expuesto y, ante la nueva postura, resulta viable la sumatoria de las cotizaciones realizadas al ISS con los tiempos servidos en el sector público.”.

Conforme a lo expuesto, es procedente la acumulación de tiempos públicos y privados para el estudio de prestaciones de conformidad al Acuerdo 049 de 1990 bajo el amparo del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, teniendo en cuenta la certificación electrónica de tiempos laborados – CETIL, historia laboral de COLPENSIONES (14Expediente Administrativo) y la historia laboral de PORVENIR S.A. (09HistoriaLaboralPorvenir), se tiene que la demandante acredita para el mes de julio de 2005 un total de 810,29 semanas, lo que le permite extender el beneficio transicional hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha hasta la cual debe cumplir con el lleno de requisitos del Acuerdo 049 de 1990.

Como se indicó la edad se cumple para el 3 de noviembre de 2011, fecha para cuando la demandante superaba las 1.000 semanas de cotización, cumpliendo la totalidad de requisitos para acceder a la pensión de vejez como beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, se debe precisar que la demandante continuó haciendo aportes hasta el 31 de mayo de 2021, por lo que el disfrute de la prestación se dará a partir del 1 de junio de 2021.

El artículo 36 de Ley 100 de 1993 establece que para aquellos beneficiarios del régimen de transición que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a pensión de vejez, el IBL se calculará con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior. No obstante, si al beneficiario le faltan más de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión, su IBL deberá calcularse bajo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

La demandante nació el 3 de noviembre de 1956, al 1 de abril de 1994, contaba con 37 años de edad, faltándole más de 10 años para alcanzar los 55 años, por consiguiente, el cálculo del IBL debe realizarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

En primera instancia se tuvo que el IBL más favorable era el obtenido con el promedio de aportes de los últimos 10 años, con un valor de \$15.338.005,79, aplicando una tasa de reemplazo de 90%, para una mesada de \$13.804.205,21 para el 2021, realizados los cálculos respectivos, encontró la Sala un IBL para el 1 de julio de 2021 de **QUINCE MILLONES CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$15.169.569)**, que aplicando una tasa de reemplazo del 90%, (más de 1.250 semanas cotizadas), resulta en una mesada de **TRECE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$13.652.612)**, valor que resulta inferior al liquidado en primera instancia, por lo que se modifica la decisión por estudiarse en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

La demanda propuso la excepción de prescripción, artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. El derecho pensional es imprescriptible; sin embargo, al ser la pensión de vejez, una prestación de tracto sucesivo, prescribe lo que no se reclame en forma oportuna.

La pensión de vejez se causa a partir del 1 de julio de 2021 (día posterior al último aporte), sin que hubiera mesada pensional alguna por sobre la que opere el fenómeno prescriptivo, debiendo confirmarse en este sentido la decisión.

COLPENSIONES adeuda al demandante la suma de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$254.187.057)** por concepto de retroactivo de pensión de vejez, por mesadas causadas entre el 1 de julio de 2021 al 30 de noviembre de 2022. A partir del 1 de diciembre de 2022 continuar pagando una mesada pensional de **CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$14.419.889)**.

Se autorizará a COLPENSIONES para que del retroactivo pensional reconocido descuenta los aportes al sistema de seguridad social en salud.

En cuanto a la condena en costas impuesta en primera instancia, es preciso traer a colación el inciso 1 del artículo 365 del CGP, que señala que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto, obedeciendo la misma a factores objetivos, por lo que no son de recibo

los argumentos esgrimidos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respecto a la condena en costas en primera instancia.

Conforme a lo expuesto, se modificará y adicionará la sentencia bajo estudio, condenando en costas a COLPENSIONES. No se causan costas por la consulta <artículo 392 CPC, modificado artículo 365 CGP, aplicable por analogía, artículo 145 CPTSS>.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia No. 246 del 30 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a devolver al COLPENSIONES los gastos de administración indexados y con cargo a su propio patrimonio. **Confirmar** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la sentencia No. 246 del 30 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **IMPONER** a **COLPENSIONES** la obligación de aceptar el traslado de la demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales a la afiliada.

TERCERO.- MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la sentencia No. 246 del 30 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **DECLARAR** que la señora **ELSA PATRICIA WILCHES ROZO**, de notas civiles conocidas en el presente, es beneficiaria de pensión de vejez causada el 1 de julio de 2021, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aplicado en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de **TRECE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$13.652.612)**, a razón de 13 mesadas al año.

CUARTO.- MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la sentencia No. 246 del 30 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar al señor **ELSA PATRICIA WILCHES ROZO**, la suma de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO**

MILLONES CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$254.187.057) por concepto de retroactivo de pensión de vejez, por mesadas causadas entre el 1 de julio de 2021 al 30 de noviembre de 2022.

AUTORIZAR a COLPENSIONES para que del retroactivo pensional reconocido descuenta los aportes al sistema de seguridad social en salud.

Confirmar en lo demás el numeral.

QUINTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

SEXTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una de ellas. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P. **SIN COSTAS** por la consulta.

SÉPTIMO.- NOTIFÍQUESE esta decisión mediante inserción en la página web de la Rama Judicial. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-006-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/29>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARY ELENA SOLARTE MELO

Con firma electrónica


ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO


GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:
Mary Elena Solarte Melo

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 006 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8f9dc068f1faf8c681f8945ede79dd45dee61155fa7e042af22990c47610fade**

Documento generado en 18/12/2022 07:49:08 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**