

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL**



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Radicación:	05001310502220170038901
Proceso:	Ordinario
Demandante:	JORGE ELIECER GORDON SEQUEDA
Demandado:	MINEROS S.A., PORVENIR S.A.
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	26/01/2023
Decisión:	CONFIRMA, MODIFICA Y ADICIONA

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 30/01/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	JORGE ELIÉCER GORDON SEQUEDA
DEMANDADAS	MINEROS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
ORIGEN	Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-022-2017-00389-01
TEMAS	Calculo actuarial, retorno al RPM y pensión de vejez
CONOCIMIENTO	Consulta y apelación
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

En la fecha señalada, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por los Magistrados ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del art. 13 de la Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido JORGE ELIÉCER GORDON SEQUEDA contra MINEROS S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A.

En atención a la sustitución de poder aportada vía electrónica el 22 de junio de 2022 2022¹ suscrito por Marcela Monsalve Acevedo en calidad apoderada de la sociedad Mineros S.A., se le reconoce personería a la abogada Ana Cristina Ferrer Martínez identificada con la CC 42.824.566 y portadora de la TP 81.608 del C. S de la J., para que actúe como apoderada sustituta de la demandada.

Asimismo, conforme a la sustitución de poder aportada vía electrónica el 27 de julio de 2022² suscrito por Victoria Angélica Folleco Eraso en calidad de apoderada judicial inscrita de la firma RST Asociados Projects S.A.S. identificada con NIT.900.264.538-8, se le reconoce personería en calidad de apoderada sustituta, a la abogada Hellen Andrea Grajales Rave, identificada con la CC 1.036.672.676 y portadora de la TP 342.274 del C. S de la J.

¹ 02SegundaInstancia, 12AlegatosSustitucionMineros2220180389.pdf
² 02SegundaInstancia, 08SustitucionColpensiones2220170389.pdf

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda³

El señor Jorge Eliécer Gordon Sequeda, formula demanda contra Mineros S.A. Colpensiones y Porvenir S.A, pretendiendo se declare: **i)** que celebró contrato laboral con Mineros S.A. desde el 10 de mayo de 1977 hasta la actualidad; **ii)** que su empleador debe responder y pagar ante Colpensiones el valor de los aportes no pagados al entonces ISS debido a la falta de cobertura del régimen de pensiones antes del año 1983, y como consecuencia de lo anterior se ordene a **iii)** Mineros S.A. pagar a Colpensiones el cálculo actuarial por el tiempo laborado correspondiente a los aportes no pagados. Adicionalmente pretende se declare **iv)** que a la entrada a en vigencia el sistema de pensiones contaba con más de 750 semanas, correspondientes a más de 15 años de servicios, por lo que acorde a la Sentencia SU de 2010 puede retornar al Régimen de Prima Media -RPM- y recuperar el régimen de transición, y en virtud de ello se ordene **v)** su regreso a Colpensiones e incorporarlo con todo el tiempo de servicio laborado; y a su vez se condene a esta AFP **vi)** a reconocer y pagar la pensión de vejez en virtud del régimen de transición desde que tuvo derecho; **vii)** Intereses Moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; **viii)** La indexación de las condenas. **iv)** Costas a cargo de las demandadas.

Como pretensiones **subsidiarias** solicitó, **i)** se declare la nulidad, ineficacia o inexistencia de la afiliación del demandante al RAIS a través de Porvenir S.A., entendiendo que siempre ha estado afiliado al RPM sin solución de continuidad y no perdió el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y como consecuencia de lo anterior, se ordene **ii)** a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez de forma retroactiva; **iii)** Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; **iv)** Indexación de las condenas; y **v)** Costas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 22 de abril de 1950; desde el 10 de mayo de 1977 se vinculó a la sociedad Mineros S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido, que desarrolló personalmente en el Municipio del Bagre Antioquia, bajo instrucciones del empleador, y cumpliendo el horario establecido. Refiere que dicha sociedad funciona desde antes de que comenzara la cobertura de la seguridad social administrada por el Extinto Instituto de Seguros Sociales -ISS- en dicho municipio, por lo que comenzó a pagar los aportes de seguridad social al ISS a partir del año 1983 hasta el 13 de agosto del año 2001, fecha en que suscribió traslado hacia Porvenir S.A., sin que para suscribir dicho acto fuera informado de forma técnica y adecuada por el asesor de tal AFP sobre las consecuencias que implicaba el traslado, omitiendo informar sobre su derecho de retracto, incurriendo además en engaño porque se afirmó que la condición pensional en el RAIS sería más ventajosa, que su mesada pensional tendría un monto mayor, y que el RPM desaparecería, entre otros, por lo que su decisión de traslado no fue espontánea, libre ni voluntaria.

El actor contaba al 1° de abril de 1994 con más de 15 años de servicio, y cuenta con 1.735.85 semanas en toda su vida laboral, por lo que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y tiene además 750 semanas

³ 01PrimeraInstancia, 02Expediente2220170389.pdf. Págs 2/38

para junio de 2005 por lo que conserva dicho régimen con posterioridad al año 2010, razón por la cual en virtud de la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional a través de sentencias C-1024 de 2004, Su 062 de 2919 puede retornar al RPM y recuperar dicho régimen de transición.

El 12 de mayo de 2016 solicitó a Colpensiones la aplicación de la sentencia SU-062 de 2010, y en marzo de 2017 pretendió ante las AFPs demandadas la nulidad del traslado.

Oposición a las pretensiones de la demanda

Quienes conforman la pasiva, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, así:

i) Mineros S.A.⁴ aceptó la existencia de la relación laboral, pero niega que tenga obligación de entregarle a Colpensiones reserva actuarial por el tiempo laborado entre el 10 de mayo de 1977 y el 1° de diciembre de 1983, porque el régimen al que se encontraba afiliado el actor, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en el que no había previsión alguna que obligara a los empleadores del sector privado a trasladarle al ISS reserva actuarial alguna, la cual se liquida como lo dispone el Decreto 1887 de 1994 y fue creada en pro de los trabajadores privados no excluidos por la Ley 100 de 1993, y que estando vinculados no estaban obligados a afiliarse al resgo de vejez del ISS, por lo que el empleador tenía a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones de jubilación; adicionalmente refiere que el trabajador presta sus servicios en el Municipio de El Bagre – Antioquia, en donde el ISS no tenía cobertura para los riesgos de vejez, invalidez y muerte hasta el 1° de diciembre de 1983, por lo que a ninguno de los empleadores de dicho lugar les era posible afiliar a sus trabajadores para dichas contingencias, ni mucho menos les era obligatorio, de ahí que cuando el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 habla de semanas no cotizadas por omisión de los empleadores privados, se refiere a aquellos que teniendo la obligación no lo hicieron, lo que no ocurre en este caso; tampoco tiene a su cargo el empleador el reconocimiento de una pensión de jubilación por cuanto dicha obligación se subrogó al ISS al momento de suscribir afiliación ante ella. Finalmente, refiere que el actor no contaba con la posibilidad de seleccionar el RPM al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, porque ya estaba afiliado desde hacía más de 10 años a él, por lo que tampoco puede aspirar a que se condene a la entrega de una reserva actuarial.

Excepcionó: Falta de legitimación en la causa por activa, el actor no podía pedir apenas el pago de la reserva actuarial, falta de interés jurídico del demandante frente a Mineros S.A. y prescripción.

ii) Porvenir S.A.⁵

La afiliación del demandante es un acto válido, toda vez que fue producto de una decisión libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría por parte del fondo, tal y como se hace constar al imponer su firma en el formulario de afiliación, lo que constituye una ratificación del acto de traslado, respecto del cual no allegó prueba

⁴ 01PrimerInstancia, 02Expediente2220170389.pdf págs. 140/156

⁵ 01PrimerInstancia, 02Expediente2220170389.pdf págs 183/239

alguna para desvirtuarlo. Refiere además que el deber de asesoría solo surgió con la Ley 1328 de 2009 y su Decreto Reglamentario 2555 del 2010, por lo que la entidad no estaba obligada a demostrar circunstancias que no le eran obligatoria. Refiere además que la acción de nulidad del traslado se encuentra prescrita, y que éste al suscribir traslado perdió los beneficios del régimen de transición, pues además a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con las semanas cotizadas, por lo tanto, no tenía derechos adquiridos que le permita serle aplicados los términos de las sentencias de recuperación de régimen de transición emitidas por la Corte Constitucional. Excepcionó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, enriquecimiento sin causa, y la que llamó “genérica”.

i) Colpensiones⁶

La demanda carece de fundamentación fáctica y legal, puesto que en el presente caso no pueden aplicarse las sentencias emitidas en materia de nulidades por parte de la Corte Suprema de Justicia, por no ser un caso análogo a situaciones jurídicas que fundamentaron aquellas decisiones, pues son supuestos diferentes, resaltando para ello que, si el demandante no es una persona excluida del régimen ni es beneficiario del régimen de transición, no hay ningún derecho adquirido ni una mera expectativa ni mucho menos una expectativa legítima por los que deba ser cobijado por los fallos de la Alta Corporación. Excepcionó: falta de causa para demandar, imposibilidad de que Colpensiones decrete la ineficacia de traslado, improcedencia de la declaratoria de invalidez del traslado, equivalencia del ahorro, improcedencia de la indexación de las condenas, inexistencia de la obligación del reconocimiento y pago de la pensión de vejez por no cumplir los requisitos, prescripción, y buena fe.

Sentencia de primera instancia⁷

El 14 de diciembre de 2018, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín declaró la existencia de la relación laboral entre el demandante y Mineros S.A. entre el 10 de mayo de 1977 y el 30 de noviembre de 1983, respecto del cual no hubo afiliación al sistema pensional, ni aportes pensionales por parte del empleador en favor del trabajador, por lo cual condenó a dicha sociedad al pago del título pensional dentro de los 15 días siguientes a la notificación que de él le haga Porvenir S.A. Condenó a Porvenir S.A. a determinar dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, si aún no lo hubiere hecho, y mediante cálculo actuarial, el título pensional teniendo en cuenta los ingresos mensuales del trabajador, y a notificar el título pensional a Mineros S.A.; una vez se obtenga por Porvenir S.A. el pago del título pensional por Mineros S.A. dispuso lo siguiente:

- i) a Porvenir S.A. acreditar en la historia laboral del actor el tiempo laborado entre el 10 de mayo de 1977 y el 30 de noviembre de 1983, equivalentes a 342,29 semanas; acreditar el saldo de la CAI el valor del título pensional pagado;

⁶ 01PrimerInstancia, 02Expediente2220170389.pdf págs. 307/318

⁷ 01PrimerInstancia, 02Expediente2220170389.pdf págs. 367/370 y AudienciaArt80Cptss2220170389.mp3

ii) a Porvenir y Colpensiones realizar las gestiones necesarias para que el actor sea trasladado a Colpensiones.

iii) a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los dineros acumulados en la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo lo pagado por Mineros S.A. por concepto de título pensional.

iv) a Colpensiones recibir de Porvenir dichos dineros; acreditar en la historia laboral del accionante las 342,29 semanas del respectivo cálculo actuarial, como tiempo cotizado; tener al actor como beneficiario del régimen de transición según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y del Acuerdo 049 de 1990; y tener con fecha de status pensional al actor a partir del 22 de abril de 2010 a cargo del RPM, sin derecho a disfrute pensional por falta del retiro del sistema.

Absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a Mineros S.A., fijando como agencias en derecho en la suma de 6SMLMV para el momento de la liquidación de las mismas, y se abstuvo de condenar a Colpensiones y a Porvenir S.A. por dicho concepto.

Para fundamentar lo decidido, concluyó en síntesis que, el demandante se vinculó al servicio de Mineros S.A. a partir del 10 de diciembre de 1977 hasta la actualidad, y que su empleador efectuó afiliación al ISS a partir del 1° de diciembre de 1983 fecha en que comenzó la cobertura en el Municipio de El Bagre, por lo que no efectuó aportes a pensiones entre el 10 de diciembre de 1977 y el 30 de noviembre de 1983, tiempos por el cual debe pagarse título pensional previo cálculo actuarial, aun cuando no existiera cobertura para el empleador para la época laborada, ello, acorde a lo dispuesto jurisprudencialmente por la H. Corte Suprema de Justicia en que ha dispuesto que el empleador debe reconocer el pago de las obligaciones pensionales, pues de lo contrario sería inequitativo generar un perjuicio al trabajador que ha contribuido a la economía nacional y del empleador, disponiendo el cálculo actuarial a cargo de Porvenir S.A. para lo cual tendrá en cuenta los salarios mensuales acreditados por cada periodo. Señaló que dicho título pensional no se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo por influir en la construcción del derecho pensional del actor.

De otro lado, citó las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU 62 de 2010, y señaló que para el 1° de abril de 1994 el actor contaba con 43 años y 884.57 semanas –incluyendo el tiempo del título pensional a cargo de Mineros S.A.- equivalentes a 16.91 años cotizados en toda su vida laboral, por lo que supera los 15 años a que refiere la norma y jurisprudencia para no perder el régimen de transición por haberse trasladado al RAIS en 2001, declarando por tanto su derecho a trasladarse del RAIS hacia el RPM.

Concluyó que el demandante arribó a los 60 años de edad el 22 de abril de 2010, momento para el cual sumaba 1.722,14 semanas, cumpliendo tanto los requisitos de edad como de cotización para ser acreedor de la pensión de vejez, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990, advirtiendo que al estar supeditado el traslado de régimen pensional y la recuperación del régimen de transición al pago del título pensional por parte de Mineros S.A. a Porvenir S.A., en favor del demandante, con la consecuencial validación en la historia laboral del actor por parte de dicha AFP, no es posible obligar a Colpensiones a

reconocer y pagar una pensión de vejez, por lo que dispuso que el reconocimiento y pago de la prestación por parte de Colpensiones, quedará supeditado a que Porvenir una vez obtenga el pago del título pensional, traslade a Colpensiones todos los dineros acumulados de la cuenta de ahorro individual, así como el valor del título pensional.

Se abstuvo de ordenar el disfrute de la prestación, por encontrarse activo laboralmente, como lo confesó el actor en su interrogatorio de parte, por lo cual no ordenó el pago de retroactivo pensional, intereses moratorios, ni indexación, al no haber pérdida del poder adquisitivo.

Al haber prosperado la pretensión principal de traslado de régimen, se abstuvo de resolver las subsidiarias.

Recursos de apelación

i) Demandante: solicita se modifique la sentencia de instancia y se concedan las pretensiones tal y como fueron formuladas en el líbello introductor, a fin de garantizar la efectividad de los derechos del demandante, en el sentido de que debe condenarse a Mineros S.A. a pagar el título pensional a Colpensiones, debiendo emitirse condena tal como se planteó en las pretensiones tercera a octava, pues de lo contrario sería condicionar estas a las actuaciones de Porvenir S.A.; adicionalmente solicita se tenga en cuenta que el actor no ha podido percibir la pensión de vejez por las conductas omisivas de los codemandados por lo cual debe disponerse los intereses moratorios y retroactivo pensional.

ii) Mineros S.A. solicita se revoquen las condenas emitidas en su contra respecto al cálculo actuarial y costas procesales, argumentando para ello que:

a) Según el artículo 4 y 5 del Decreto 813 de 1994 los cálculos actuariales proceden no solo cuando el empleador privado tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, sino que solo se reconocían al entonces ISS, y en este caso, a la entrada en vigencia del citado decreto, que definió el régimen de transición para los trabajadores del sector privado, Mineros S.A. ya no estaba a cargo de las pensiones de jubilación de que trataba dicho artículo, por lo que no tendría la obligación de efectuar esos aportes o reconocer dicho cálculo, porque ya se había subrogado en esas obligaciones a partir del 1° de diciembre de 1983; norma que además en su artículo 4°, dispuso que quienes se trasladaran al RAIS, perderían todos los beneficios previstos allí, de los trabajadores que venían trabajando con empresas del sector privado, lo que corrobora que a Mineros S.A. no le asiste obligación de reconocer y pagar pensión de jubilación.

b) Refiere que el cálculo actuarial procede solo cuando la prestación de vejez está en riesgo o no se afecte negativamente, lo cual no ocurre en este caso, puesto que se evidencia que el actor cuenta con más de 2.000 semanas de cotización, por lo que puede acceder a su prestación.

c) Se equivoca el Juez A Quo al advertir que el cálculo actuarial ordenado no afecta la sostenibilidad financiera de Mineros S.A., quien se ve asaltado en su buena fe por cuanto no tenía ninguna obligación legal, ni jurisprudencial en constituir reserva para

pagar un tiempo anterior a la afiliación cuando no existía la obligación, ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, dado que a partir del 1° de diciembre de 1983 en que se realizó la afiliación del trabajador, el ISS se subrogó en dicha obligación; en tal sentido, el artículo 259 del CST dispuso que las pensiones de jubilación dejarían de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo fuera asumido por el entonces ISS, al igual que el artículo 66 del Decreto 3041 dispuso que a partir de la afiliación de los trabajadores con vínculo laboral estarían sujetos de forma obligatoria con el ISS para quienes llevaran 10 años o más de servicio, caso que no es el del demandante, por lo que tampoco es aplicable el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, ni los artículos 1° y 2 del Decreto 1887 de 1994.

d) Mineros S.A. no omitió la obligación de afiliar a pensiones al actor, pues se acogió al llamamiento realizado por el extinto ISS mediante Resolución 1002 de marzo de 1983, obteniendo número patronal para su establecimiento en el Municipio del Bagre, afiliando a sus trabajadores para los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el 1° de diciembre de 1983, sin que se entendiera que existía obligación con anterioridad, tal y como fue la postura de la H. CSJ durante mucho tiempo, por lo que no es procedente la condena emitida por el A Quo.

e) No analizó el A Quo la postura emanada de la H. CSJ mediante la cual definió las subreglas para aplicar el pago de cálculo actuarial, como lo es la Sentencia con Rad. 5138 del 12 de julio de 2017, que dispuso que para los trabajadores que al llamamiento a la afiliación tuviesen menos de 10 años de servicio, las pensiones quedarían exclusivamente a cargo del entonces ISS, así como la Sentencia 10227 de 2017 en que se precisaron las reglas de subrogación, precedentes que no pueden desconocerse ya que tienden a unificar y aclarar el sentido y alcance de la obligación pensional.

f) Resalta la falta de interés jurídico respecto de Mineros S.A., en tanto la finalidad de este litigio era lograr el traslado de régimen pensional para que la pensión del demandante fuera reconocida bajo los preceptos del régimen de transición, y como se pudo acreditar que el actor no necesita ese cálculo por el tiempo anterior a 1983 para consolidar su derecho pensional, pues cuenta con más de 60 años y más de 2.000 semanas de cotización, y precisamente la razón de dichos cálculos actuariales es la de consolidar el derecho pensional, siendo posible acceder a la prestación en el régimen que actualmente se encuentra, y las semanas pretendidas para el pago del cálculo actuarial no inciden en el IBL.

g) Afirma que la única legitimada para exigir de los empleadores esa reserva actuarial es Colpensiones cuando considere que son requeridas, no obstante, al haber transcurrido más de 20 años sin que la entidad efectuara cobro alguno se encuentra prescrita.

h) Considera un atropello que se ordene el pago del cálculo actuarial dentro de 15 días siguientes a la notificación del título que realice Porvenir S.A., puesto que no se garantiza la posibilidad de controvertir la eventual suma que dicho fondo liquide.

i) Por último, refiere reparo en torno a las costas por cuanto fueron 3 las demandadas, y solo se impuso su carga a Mineros S.A., por lo cual solicita ser exonerada como lo

fueron Colpensiones y Porvenir S.A., máxime que el cálculo actuarial no lo reclamó el fondo pensional quien es la legitimada para hacerlo, no pudiendo hacerlo voluntariamente el empleador, de manera que la orden del pago del título pensional vulnera el principio de confianza legítima, por el cambio jurisprudencial, siendo asaltada la sociedad en su buena fe, debiendo asumir las arbitrariedades que establezcan los jueces.

iii) Porvenir S.A.

Inconforme parcialmente con lo decidido, formuló recurso de alzada contra los numerales 4 y 5 de la parte resolutive de la sentencia, en torno a la orden emitida en su contra de realizar cálculo actual del título pensional, ello atendiendo a que si bien el demandante actualmente se encuentra afiliado ante dicha AFP, para los años en que se probó la relación laboral, se encontraba afiliado al ISS por lo cual no hay lugar a que Porvenir S.A. asuma la carga de liquidar el respectivo cálculo actuarial, además porque para dicho año -1983-, ni siquiera estaba vigente el RAIS, por lo que solicita se revoque lo ordenado en los referidos numerales, para en su lugar condenar a Colpensiones a asumir dicha carga, y que en lo demás sea confirmada la sentencia.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Una vez concedido el término a las partes para alegar de conclusión en esta sede, ambas lo recorrieron de forma oportuna así:

i) Colpensiones⁸: expone equivocadamente argumentos en contra de las consecuencias jurídicas derivadas de una declaratoria de ineficacia de traslado, lo cual no fue motivo de pronunciamiento del Juez A Quo en tanto lo ordenado fue un traslado de régimen, en acogimiento a lo dispuesto por las Sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 SU 62 de 2010.

ii) Demandante⁹: Solicita se confirme la sentencia de instancia en cuanto a la declaratoria de ineficacia de traslado, ya que se acogió a los parámetros sostenidos por la H. CSJ, así como la orden del pago de cálculo actuarial, modificándola en cuanto a que, en virtud del principio de congruencia y efectividad de los derechos, se condene a Mineros S.A. al pago del cálculo actuarial a Colpensiones, tras la liquidación que realice ésta AFP, y que ésta sea condenada como se planteó en el escrito de demanda, pues de lo contrario, no se garantiza la efectividad del fallo al condicionar estas actuaciones a Porvenir S.A. Finalmente, reitera que el actor no ha disfrutado de su derecho prestacional por el actuar omisivo de las demandadas, razón por la cual debe modificarse la sentencia y se conceda el pago del retroactivo pensional, así como las pretensiones tal y como se plantearon en el líbello introductor.

iii) Mineros S.A.¹⁰: reitera los argumentos expuestos de su recurso de alzada en torno a la ausencia de obligación del empleador en el reconocimiento y pago del cálculo actuarial deprecado, por falta de condiciones legales y jurisprudenciales para ello, solicitando especialmente atender a los argumentos expuestos en la Sentencia T-281

⁸ 02SegundaInstancia, 04AlegatosColpensiones.pdf

⁹ 02SegundaInstancia, 05AlegatosDemandante.pdf

¹⁰ 02SegundaInstancia, 06AlegatosMineros.pdf

de 2020, en la que refiere que debe darse un tratamiento más justo y equitativo a los empleadores, en consonancia con los principios y reglas que rigen el sistema pensional. Pero en caso de no ser acogidos tales argumentos, solicita se modifique la sentencia de instancia, teniendo las reglas reiterada en la sentencia referenciada, donde dispuso que solo sea habilitado el tiempo necesario para que el demandante pueda obtener su traslado y a su vez que el trabajador pague el valor de dicho periodo en una proporción del 25%, pues para este caso, el actor cuanta con más de 40 años cotizados, no siendo necesario que se habiliten todos los tiempos anteriores a la afiliación realizada al 1° de diciembre de 1983, sino solo desde 1979, y se le haga participe al trabajador con el pago del mismo, pues Mineros S.A. no omitió por capricho el pago de tales cotizaciones, y así mismo Colpensiones asuma un porcentaje igual, correspondiéndole a Mineros S.A. el pago del 50% de dichos periodos.

iv) Porvenir S.A.¹¹: Depreca se revoque parcialmente lo decidido desde la primera instancia, acudiendo además a las precisiones realizadas por la Superfinanciera de Colombia mediante Concepto N°20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020 sobre la declaratoria de ineficacia de traslado, y además sobre los cambios sobre los parámetros para los cálculos actuariales por distintas variables, que han permitido garantizar una sostenibilidad financiera; no obstante, de confirmarse lo decidido, resalta no es factible la devolución de cuotas de administración al ser aportes independientes de la cuenta de ahorro individual destinados a generar rendimientos, y que en este caso incrementaron el capital de su cuenta, así como tampoco los seguros previsionales pues fueron dineros entregados a las aseguradoras para cubrir riesgos de invalidez y sobrevivencia, en cumplimiento de obligaciones contractuales. Finalmente reitera que debe revocarse la orden de liquidar cálculo actuarial y título pensional, y notificar de ello a Mineros S.A., por cuanto la AFP no está facultada para realizar dicho cálculo, lo que es una obligación exclusiva del RPM administrado por Colpensiones, toda vez que para la fecha en que se declaró la relación laboral las administradoras del RAIS no estaban vigentes, siendo Colpensiones quien debe recibir dichos dineros.

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por los artículos 66, 66A del CPTSS, respecto de los puntos objeto de apelación. Igualmente se surte el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, conforme al artículo 69 del CPTSS modificado por la Ley 1149 de 2007, y en acatamiento de la decisión de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado 7382 de 2015.

Vistos los hechos y pretensiones de la demanda, así como la oposición formulada por las demandadas, la sentencia recurrida y los argumentos de la apelación, debe dilucidarse en esta sede: **a)** si Mineros S.A. está obligado a asumir el valor del cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 10 de mayo de 1977 y el 30 de noviembre de 1983, en el cual no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales en el municipio de El Bagre (Antioquia); en caso afirmativo se analizará, **b)** Si a Colpensiones o a Porvenir S.A. les asiste obligación en realizar y recibir el referido cálculo, y en consecuencia se determinará **c)** La viabilidad o no del traslado del demandante hacia el

¹¹ 02SegundaInstancia, 07AlegatosPorvenir.pdf

RPM, hoy administrado por Colpensiones, por tener al 1° de abril de 1994 más de 15 años laborados; en caso afirmativo, **b)** se precisarán las consecuencias del mismo y qué conceptos deberá entregar Porvenir S.A. a Colpensiones; **c)** Si hay o no lugar a reconocer y pagar pensión de vejez al demandante y en qué condiciones; y **d)** si hay lugar o no al pago de los intereses de mora regulados por el art.141 de la Ley 100 de 1993.

No es procedente abordar el tema de eficacia o no del traslado de régimen pensional surtido hacia Porvenir S.A., por haberse formulado como pretensión subsidiaria a la del traslado de régimen, la cual prosperó, aun cuando los apoderados judiciales de la parte demandante, Colpensiones y Porvenir S.A., refirieran en sus alegatos de conclusión aspectos sobre tal declaratoria.

Hechos relevantes probados documentalmente

Jorge Eliécer Gordon Sequeda, nació el 23 de abril de 1950¹², y presta sus servicios laborales en favor de Mineros S.A. desde el 10 de mayo de 1977¹³, y fue afiliado al Instituto de Seguros Sociales a partir del 1° de diciembre de 1983¹⁴. El 13 de agosto de 2001 suscribió formulario de traslado hacia Porvenir S.A.¹⁵, el cual se hizo efectivo el 1° de octubre de 2001¹⁶. Para el 28 de octubre de 2015, según misiva de Porvenir S.A., el actor contaba con 1.635.14 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 912,28 lo fueron ante el ISS¹⁷, y según historias laborales emanadas por Colpensiones y la tomada de la OBP, al 31 de marzo de 1994 el actor contaba con 537.71 semanas cotizadas¹⁸. El 12 de mayo de 2016 radicó ante Colpensiones formulario de afiliación al RPM¹⁹, solicitud que fue negada el 18 de mayo del mismo año por no contar con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrada en vigencia al Sistema Social en Pensiones, requeridos por la SU 062 de 2010²⁰. El 22 de marzo de 2017 solicitó a Porvenir S.A. anular el traslado a dicha entidad²¹, lo cual fue negado aduciendo que el actor suscribió voluntariamente el formulario de afiliación y por no ser autoridad competente para declarar la nulidad de la afiliación²²; igualmente, el 23 de marzo de 2017 solicitó ante Colpensiones dejar sin efecto el traslado de al RAIS²³, petición que fue negada en la misma fecha por haberse trasladado en virtud de su derecho a la libre elección de régimen²⁴

¹² Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf. Pág 40

¹³ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf. Pág 44, 158/160

¹⁴ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf. Pág 45, 47, 52, 263

¹⁵ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf. Pág 46, 161

¹⁶ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf. Pág 242/243

¹⁷ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf. Pág 276

¹⁸ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf. Pág 47; 55; 272

¹⁹ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf Pág 62/67

²⁰ Carpeta 01PrimeralInstancia, carpeta 03ExpedienteAdministrativo2220170389; archivo denominado CRTRASING-2016_482083-20160518022818.pdf.

²¹ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf Pág 68/69 y 278/279

²² Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf Pág 74/75 y 282/283

²³ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf Pág 70/71

²⁴ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf Pág 72/73

a) Obligatoriedad de emisión de título pensional

Conforme al precedente judicial en la materia, las empleadoras que no hubieren efectuado cotizaciones al extinto Instituto de Seguros Sociales en razón de la cobertura gradual y aprovisionamiento dispuestos en la Ley 90 de 1946, creadora del Instituto Colombiano de Seguridad Social, y el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, deben asumir el pago del cálculo actuarial que por esos tiempos liquide la administradora de fondo de pensiones correspondiente, constituyendo un título actuarial para ello, para convalidar los periodos no sufragados a la seguridad social.

En ese sentido, desde la sentencia SL 9856 de 2014, de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, sostuvo:

“En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, reconoce que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura; justamente en ella se lee que *«la filosofía misma del sistema de Seguridad Social demuestra diáfananamente que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.*

Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6a de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que “mientras se organiza el Seguro Social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros”.

En esta providencia, como en la SL17300 del mismo año, determinó: *i)* que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; *ii)* que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional; *iii)* y que la manera de concretar ese gravamen, en casos *«...en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar... que*

consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.»²⁵

Esta postura, reiterada recientemente en sentencias como las SL 2879 de 2020, SL3867 de 2021, SL4276 de 2021, SL4296 de 2021, SL313 de 2022, SL 2263 de 2022 entre otras, ha sido acogida por esta Sala de Decisión, por encontrarla ajustada a la lectura armónica que debe hacerse del sistema normativo integral que conforma el derecho a la seguridad social de los trabajadores en Colombia, quienes con estos tiempos inicialmente no cotizados ante la ausencia de cobertura, como en el caso del demandante, o bien podrían acumular suficientes semanas para acceder a una pensión de vejez, mejorar su valor, o bien podrían incrementar el número de semanas para obtener un mayor monto en la liquidación de la indemnización sustitutiva de la prestación.

En esta sede no se discute: **i)** la existencia de la relación laboral entre el demandante y Mineros S.A.; **ii)** su fecha de inicio del 10 de mayo de 1977²⁶, la cual continúa vigente, y **iii)** que su afiliación al Sistema Pensional se dio el 1 de diciembre de 1983²⁷, por haber iniciado la cobertura de *los Seguros Sociales Obligatorios* en El Bagre (Antioquia) en esa oportunidad.

Ahora, visto que el demandante aún no se ha pensionado, resulta necesario dilucidar como inciden o afectan los periodos que pretende se reconozcan por cálculo actuarial a su pensión de vejez.

En primer lugar se tiene que el objeto del reconocimiento de las semanas laboradas para Mineros S.A. pero no cotizadas por falta de cobertura, tiene como finalidad ajustar las 750 semanas requeridas a la entrada en vigencia a la Ley 100 de 1993, para acceder al traslado de régimen pensional en virtud de lo dispuesto jurisprudencialmente por la H. Corte Constitucional, y así recuperar los beneficios de que trata el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello por cuando suscribió traslado con destino al RAIS en el año 2001.

Pues bien, acorde a la historia laboral allegada al plenario, se evidencia que el actor entre el 1° de diciembre de 1983, en que fue afiliado al sistema pensional y el 1° de abril de 1994, reunía 534.71 ²⁸ semanas cotizadas, pero sumando 342.29 semanas que equivalen al tiempo laborado por el señor Gordon Sequeda en favor de Mineros S.A. entre el 10 de mayo de 1977 y el 30 de noviembre de 1983, acreditaría un total de 877 semanas, relevantes para efectos de definir la recuperación del traslado de régimen pensional, y por tanto el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así, se tiene que el número de semanas adicionales que corresponden al cálculo actuarial **si tiene incidencia** en el caso del actor, en torno al traslado de régimen, así como en el valor real de la mesada a reconocer, por cuanto **las semanas adicionales**

²⁵ Ver la sentencia SL14388 de 2015.

²⁶ 01PrimerInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf. Pág 44, 158/160

²⁷ 01PrimerInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf. Pág 157

²⁸ Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf. Pág 47; 55; 272

aumentarían la tasa porcentual respecto del IBL, pudiendo acceder además a que su IBL se cuantifique teniendo en cuenta el que resulte más favorable a sus intereses, bien el promedio de los últimos 10 años, bien el de toda la vida laboral, por así disponerlo el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por acreditar más de 1.250 semanas.

En tal sentido, **el cálculo actuarial debe contener todo el periodo laborado por el trabajador sin cobertura del ISS o de otra caja en materia de seguridad social en pensiones**, toda vez que dichos tiempos influyen en la prestación de vejez, el cual debe atender al tiempo realmente laborado por el demandante, sin que sea admisible desconocer periodos adicionales al tope mínimo para acceder a la pensión, en tanto las semanas adicionales tienen incidencia directa en la satisfacción de derecho pensional, concretamente en el incremento de la mesada pensional en principio por tasa porcentual; y no reconocerlas como propone la sociedad recurrente, contraviene la línea jurisprudencial sentada por el órgano de cierre en la materia, en torno a que el empleador debe responder *“por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía”*, en consecuencia no puede acogerse el argumento del recurrente opositor en tal aspecto.

Ahora bien, en atención a lo alegado por Mineros S.A. en esta sede, en cuando a la aplicación de la Sentencia T 281 de 2020 emitida por la H. Corte Constitucional, se indica que, en reciente providencia de esta Sala de Decisión Laboral en el proceso de radicado único nacional 0500131050132015013701, con ponencia del Magistrado Diego Fernando Salas Rondón, en asunto de un pensionado que solicitó el reconocimiento del cálculo actuarial, con la finalidad de obtener reajuste pensional, se resolvió revocar la sentencia condenatoria proferida en primera instancia, adoptando la postura sostenida por la Corte Constitucional en la referida sentencia, en que dicha Corporación reitera la relevancia del principio de equidad que entre otros objetivos, en temas como el aquí desarrollado, lo aplica para abstenerse de imponer cargas desproporcionadas en cabeza del empleador, ello por cuanto al demandante en dicho asunto, ya le había sido reconocida la prestación de vejez con una tasa de reemplazo del 90%, es decir, la más favorable que en ley le asistía, por lo que no eran necesarias las deprecadas por el cálculo actuarial.

En consonancia con dicho principio, el acceder a las pretensiones del demandante en este caso, no conllevaría una carga desproporcionada al empleador, por cuanto tales semanas si inciden favorablemente en la consolidación del derecho prestacional del actor, lo que acredita la legitimación en la causa para deprecar su reconocimiento, contrario a lo afirmado por Mineros S.A. en su alzada.

Adicional a ello, se despachará desfavorablemente lo apelado por Mineros S.A. en torno a que, en caso de ordenarse el pago del cálculo actuarial, ello se haga en proporción del 50% el empleador, un 25% el trabajador y el otro 25% a cargo del Estado, conviene recordar lo sentado por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. CSJ, en cuanto que dicho pago corresponde exclusivamente al empleador, como lo recordó en sentencia **SL 4321 de 2022, en que citó la SL 3867 de 2021**, así:

“Para resolver, esta Corporación debe determinar si corresponde a la empresa recurrente el pago total del cálculo actuarial o si lo debe asumir de manera

proporcional con el trabajador, bajo el argumento de que los aportes a pensiones son también proporcionales entre ambos.

Conviene recordar, entonces, que la jurisprudencia de esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el particular, y al respecto tiene establecido que el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social se encuentra exclusivamente a su cargo, sin que el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, permita entender que el trabajador deba contribuir en su cubrimiento, pues lo cierto es que durante el lapso de no cobertura el empleador es el único responsable del riesgo pensional.

*Recientemente, en un caso de iguales connotaciones fácticas y jurídicas, la Corte dio respuesta a los reproches de la censura mediante sentencia CSJ SL673-2021, reiterada en la CSJ SL2465-2021 y CSJ SL, 14 jul. 2021, rad. 83301, en la que expuso: (...) cálculo actuarial no es una proyección de cotizaciones o aportes de períodos anteriores, como si se estuviera frente a una mora en la cotización, sino que equivale a parte del capital necesario para financiar una pensión; y aún, si se tratara de aportes, que no lo es, ya se ha dicho, lo cierto es que tampoco acompañaría la razón a la censura, porque el inciso segundo del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, establece que «**El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador**».*

El cálculo actuarial que debe trasladar el empleador, representa parte del capital que se necesita para financiar la pensión del trabajador en el sistema general de pensiones, proporcional por supuesto al tiempo durante el cual recibió el servicio cuando tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. En consecuencia, si el tiempo trabajado fue menor al exigido para que la prestación quedara en su totalidad a cargo del empleador, lo razonable es que transfiera al pagador de la pensión el valor que corresponde en proporción al tiempo trabajado, sin estar obligado el trabajador a realizar aporte alguno para la financiación de la pensión, como no lo está quien es pensionado directamente por el empleador.

Si las pensiones cuyo reconocimiento y pago estaban a cargo de los empleadores, fueron entendidas como una prestación que hacía parte de la retribución por el servicio prestado por el trabajador, o se consideraban como un salario diferido, no se encuentra ninguna razón válida para que en la misma situación el trabajador asuma una obligación que estaba exclusivamente en cabeza del empleador, menos, aceptar que por ello se configura un enriquecimiento sin causa del empleado. No puede olvidarse que el cálculo actuarial no es una dádiva del empleador, sino fruto de la prestación de servicios.

Finalmente, reitera la Sala en esta oportunidad, que de conformidad con el parágrafo 1.° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social, está exclusivamente a su cargo, sin que se haya dispuesto contribuir alguna para el trabajador, como se precisó en sentencia CSJ SL 2584-2020.

*La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que **no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador** en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.*

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.

Además, el parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador o la caja» deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador.

En efecto, la referida disposición dispone «En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional».

Es así como la orden de pago del cálculo actuarial debe disponerse a cargo del empleador, y acorde a los salarios acreditados por Mineros S.A. para cada época que reposan en el plenario, tal y como lo dispuso el Juez A Quo.

Por lo dicho, sin que sean necesarios otros argumentos, se **confirmará** la sentencia conocida en apelación.

Finalmente ha de indicarse que, para garantizar el efectivo cumplimiento de esta obligación y en aras de evitar dilaciones en el trámite de lo aquí ordenado, se acogerá lo apelado por la parte demandante, en cuanto a disponer que el referido cálculo actuarial sea liquidado por COLPENSIONES, quien será la AFP que finalmente reconozca la prestación económica, como se verá más adelante

Por ello, **se modificarán** las órdenes emitidas desde la primera instancia, en el sentido que en el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, MINEROS S.A. deberá radicar ante COLPENSIONES solicitud de liquidación de cálculo actuarial correspondiente a los periodos laborados entre el 10 de mayo de 1977 y el 30 de noviembre de 1983, enviándole para tal efecto, la relación de salarios devengados por el señor Jorge Eliécer Gordon Sequeda en ese lapso y que fueron acreditados en este periodos. Colpensiones en un término que no exceda de 30 días, debe realizar el cálculo actuarial, conceder plazo para su pago, y notificar de ello a MINEROS S.A.

Notificada debidamente la liquidación del cálculo actuarial, MINEROS S.A., cancelará a COLPENSIONES el título pensional dentro del término no superior a 30 días.

b) Procedencia del traslado del Régimen Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 primigenia, fue modificado y adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, norma vigente al momento en que el señor Gordon Sequeda suscribió el formulario de afiliación hacia Porvenir S.A.²⁹.

En lo que interesa al proceso, determinó que el literal e) del art.13 de la Ley 100 de 1993 quedara así:

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”. (subraya de la Sala)

El aparte subrayado, fue declarado exequible por la H. Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004, bajo el entendido que quienes reúnan las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que, habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002.

La Alta Corporación en esta providencia de 2002, al estudiar la constitucionalidad de los incisos 4 y 5 del art. 36 de la Ley 100 de 1993³⁰, los declaró exequibles, bajo condición de que las disposiciones allí contenidas, no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en pensiones de la referida ley.

La postura decantada y reiterada en sentencias como la SU 062 de 2010 y la SU 130 de 2013, en la cual el órgano de cierre constitucional expresó:

“(…) conforme a los dos pronunciamientos contenidos en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, en las que se decidió acerca de la constitucionalidad de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100/93 y del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, la Corte dejó claramente definido el contenido y alcance de las citadas disposiciones, en lo relacionado con el traslado de régimen pensional y las consecuencias derivadas del mismo.

9.2.3.10. De lo señalado por la Corte en dichas providencias, se desprende, entonces, que todos los usuarios del SGP, incluidos los sujetos del régimen de transición, bien

²⁹ Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf. Pág 46, 161

³⁰ “Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.”

“Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”.

por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años contados a partir de la selección inicial y siempre que no les falte menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para tales efectos, la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquél régimen”.

En la sentencia SU 062 de 2010, enfatizó:

“Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
- b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida”.

La Sala de Casación Laboral de la H Corte Suprema de Justicia ha adherido a la postura de la H. Corte Constitucional en torno a la posibilidad del retorno al RPM, por parte de los beneficiarios del régimen de transición en diferentes oportunidades, entre ellas, las sentencias SL5339 de 2016, SL15430 de 2017 y SL 1342 de 2018, pero puntualizando que no es exigible el requisito de equivalencia del ahorro, por considerar que *“no resulta razonable exigir a quienes pretenden recuperar el régimen de transición, una vez regresan del régimen de ahorro individual al de prima media, y cumplen el requisito de 15 años o más de servicios o de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema, además del traslado de todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, la equivalencia de los aportes legales, puesto que se trata de una exigencia que no fue contemplada por el legislador”*³¹.

En cuanto al referido requisito, se encuentra que el Decreto 3995 de 2008, se expidió con el fin de dar solución a aquellos problemas presentados en los casos de multifiliación pensional, no obstante, en su artículo 7° que trata del traslado de recursos³², ofrece solución a los casos en los que las personas beneficiarias del régimen

³¹ Sentencia Rad.35406 de 2010, cuya postura ha ratificado en otras como la SL 1342 de 2018.

³² “TRASLADO DE RECURSOS E INFORMACIÓN Artículo 7°. Traslado de Recursos. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este Decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

de transición soliciten regresar al RPM en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004.

No teniendo elementos suficientes para determinar si el ahorro del RAIS es o no inferior al monto total del aporte en caso de haber permanecido en el RPM, la jurisprudencia ha impuesto el deber a ambos fondos de verificar la satisfacción del requisito de equivalencia del ahorro, estableciendo dos situaciones posibles: Si dicha exigencia es cumplida, el fondo privado al cual se encuentre el actor debe autorizar el traslado; si no lo es, debe ofrecer la posibilidad al afiliado de aportar en un plazo razonable el dinero que hace falta³³.

Asimismo, la Superintendencia Financiera de Colombia expidió la Circular Externa 006 de 2011, adicionando el numeral (11) en el Capítulo Primero del Título Cuarto de la Circular Básica Jurídica Externa 007 de 1996, fijando el trámite plazos para materializar los traslados en virtud de la sentencia SU 062 de 2010³⁴.

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.

Parágrafo. Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos. Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia."

³³ Ver entre otras las sentencia SU 853 de 2013.

³⁴ «**11. TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL EN LOS TÉRMINOS DE LA SENTENCIA SU 062 DE 2010 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.** Para efectos de dar aplicación a lo establecido en la Sentencia SU 062 de 2010 proferida por la Corte Constitucional, las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán adelantar el procedimiento que se describe a continuación:

11.1. SOLICITUD DE APLICACIÓN DE LA SENTENCIA SU 062 DE 2010 Y DILIGENCIAMIENTO DEL FORMULARIO DE TRASLADO. Cuando el afiliado al Régimen de Ahorro Individual desee que se le aplique lo establecido por la Corte Constitucional a través de la Sentencia SU 062 de 2010, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento y entrega del formulario de traslado al Instituto de Seguros Sociales, en adelante el ISS, acompañado de una comunicación en la que manifieste su intención de acogerse a la referida sentencia y de una fotocopia de su documento de identificación.

11.2. REPORTE DE SOLICITUDES DE TRASLADO. El día diez (10) de cada mes, el ISS o la entidad que haga sus veces, en adelante el ISS, radicará ante las respectivas sociedades administradoras de fondos de pensiones los formularios de traslado de afiliados de que trata la Sentencia SU 062 de la Corte Constitucional que haya recibido en el mes inmediatamente anterior, para lo cual utilizará el aplicativo establecido para tal fin, informando a cada sociedad administradora y por cada afiliado, el número de semanas que, de acuerdo con la correspondiente historia laboral del ISS, había cotizado el afiliado al 31 de marzo de 1994 o a la fecha en que haya entrado en vigencia el Sistema General de Pensiones en el respectivo nivel territorial, según corresponda.

11.3. REQUISITOS A VERIFICAR. Los requisitos que deberá verificar la sociedad administradora de fondos de pensiones que reciba el formulario de traslado son los señalados en la Sentencia SU 062 de 2010, es decir:

11.3.1. Que el afiliado tenga a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, es decir el 1o de abril de 1994, o a la fecha en que haya entrado en vigencia el Sistema General de Pensiones en el respectivo nivel territorial, quince (15) años de servicios cotizados para la pensión de vejez, equivalentes a setecientos cincuenta (750) semanas.

11.3.2. Que traslade al ISS todos los aportes pensionales (ahorro) que haya acumulado en su cuenta de ahorro individual.

11.3.3. Que el ahorro efectuado en el Régimen de Ahorro Individual, incluidos sus rendimientos y el valor correspondiente del Fondo de Garantía de Pensión Mínima del referido Régimen, no sea inferior al monto total que habría obtenido en caso que hubiere permanecido en el Régimen de Prima Media.

11.4. VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS. Contra la radicación del formulario de traslado, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones le informará al ISS, mediante el aplicativo establecido para tal fin, si el afiliado cumple o no con el requisito señalado en el subnumeral 11.3.1. Para este efecto, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones tendrá en cuenta, además de las semanas reportadas por el ISS en la solicitud de traslado, las que tenga registradas como cotizadas o el tiempo de servicio prestado en las entidades que no realizaron aportes para pensión a dicho instituto. En caso de no cumplirse este requisito, la solicitud de traslado será rechazada.

Verificado el cumplimiento del requisito anterior, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones efectuará el cálculo de la equivalencia del ahorro entre el Régimen de Prima Media y el de Ahorro Individual; estableciendo si la suma acumulada en la cuenta de ahorro individual del afiliado es suficiente o equivalente a la que hubiera obtenido si el afiliado hubiese permanecido en el Régimen de Prima Media.

A más tardar el día veintitrés (23) del mes de la radicación del formulario de traslado ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones, mediante el aplicativo establecido para tal fin, ésta deberá informar al ISS el resultado de las validaciones realizadas, indicándole:

- a. Las solicitudes que fueron rechazadas por incumplimiento del requisito señalado en el numeral 11.3.1.
- b. Las solicitudes que fueron aprobadas por el cumplimiento del requisito señalado en el numeral 11.3.1. y por el cumplimiento del cálculo de equivalencia señalado en el numeral 11.3.1.
- c. Las solicitudes que cumpliendo con el requisito señalado en el numeral 11.3.1., no cumplen con el requisito del numeral 11.3.1., indicando en este caso el valor de la diferencia que debería ser consignada por el afiliado.

Simultáneamente, entre el día veintitrés (23) y el día treinta (30) del mes de la radicación del formulario de traslado ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones, ésta notificará al afiliado los resultados del proceso, de lo cual deberá dejar constancia.

A aquellas solicitudes que, cumpliendo con el requisito señalado en el numeral 11.3.1., no cumplan con el requisito establecido en el numeral 11.3.1. es decir que el saldo de la cuenta de ahorro individual del afiliado es menor al resultado del cálculo efectuado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones, la notificación mediante comunicación escrita al afiliado, deberá indicar lo siguiente:

11.4.1. Que, a partir de la fecha de la comunicación, el afiliado tendrá un plazo que esta Superintendencia estima razonable de dos (2) meses para consignar a favor del ISS el valor de la diferencia. En esta comunicación se le indicará la entidad bancaria, el número de la cuenta, los medios de pago aceptados y el procedimiento para efectuar la consignación.

En todo caso las entidades administradoras de pensiones podrán establecer, de manera general, un plazo diferente al señalado en el inciso anterior, previa información a esta Superintendencia justificando su razonabilidad.

El valor de la diferencia que deberá consignar el afiliado como requisito para la aprobación del traslado no estará sujeto a las variaciones de la rentabilidad de los fondos de pensiones en el plazo establecido para el efecto.

11.4.2. Que dentro del mismo plazo, el afiliado deberá comprobar ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones, la realización de la consignación, entregando copia legible de la misma a la Administradora de Pensiones de la cual pretende trasladarse.

11.4.3. Que si el afiliado no llegare a pagar o paga de manera parcial la referida diferencia dentro del plazo señalado, el traslado será rechazado y el ISS devolverá al afiliado los dineros recibidos por este concepto, dentro del mes siguiente al rechazo del traslado, para lo cual deberá informar al afiliado respecto de la disponibilidad de los recursos.

El día veintitrés (23) de cada mes, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones revisará los casos sobre los que haya recibido la copia de la consignación y, de resultar procedente, aprobará los traslados a través del aplicativo establecido para tal fin y entregará al ISS copia digitalizada de la consignación realizada por el afiliado.

Igualmente revisará los casos sobre los que habiéndose cumplido el plazo de dos (2) meses, no haya recibido la copia de la consignación y procederá a su rechazo informando de tal hecho al ISS, a través del aplicativo

Teniendo clara la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, y que, el tema del requisito de equivalencia del ahorro ha sido desarrollado en sentencias de unificación por la Corte Constitucional como supremo órgano de cierre e intérprete de la C.P., la postura de esta Sala de Decisión Laboral se aparta de manera muy respetuosa de la que ha venido sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Atendiendo a estas precisiones, previa valoración de la prueba anteriormente relacionada, la Sala coincide con el análisis efectuado por el A-quo, en el sentido de concluir que Jorge Eliécer Gordon Sequeda satisface los requisitos exigidos por el precedente judicial vigente en la materia, para trasladarse en cualquier momento desde el RAIS hacia el RPM, hoy administrado por Colpensiones, así:

Nació el 22 de abril de 1950³⁵, por tanto, contaba con más de 43 años al 1° de abril de 1994, cuando para él entró en vigencia el actual Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, regulado por la Ley 100 de 1993, por ostentar para entonces, según las

establecido para tal fin y al afiliado, quien podrá presentar una nueva solicitud de traslado en los términos de la referida Sentencia SU 062 de 2010.

Si el afiliado con posterioridad a los dos (2) meses establecidos como plazo razonable, demuestra haber consignado en tiempo y en debida forma el valor de la diferencia, aun cuando su solicitud de traslado hubiese sido rechazada, la Administradora de Fondos de Pensiones, a partir de la fecha de la comprobación, deberá proceder a aprobar el traslado en las condiciones establecidas en este subnumeral.

11.5. EFECTIVIDAD DEL TRASLADO. *Una vez aprobado el traslado, ya sea por el cumplimiento de los requisitos antes mencionados o por la consignación de la diferencia por parte del afiliado, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones deberá girar al ISS el saldo que posea el afiliado en su cuenta de ahorro individual, a más tardar el día veinte (20) del mes siguiente a la aprobación. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones deberá informarle al ISS, de manera detallada e individualizada por afiliado, el monto girado, el número de semanas de cotización a que corresponde, y remitir su historia laboral debidamente actualizada.*

De conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999, el traslado que cumpla con los requisitos señalados en los numerales 11.3.1. y 11.3.3., tendrá efectos a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud de traslado. Así mismo, cuando el traslado es aprobado posteriormente por consignación realizada por el afiliado, producirá efectos a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de su aprobación.

11.6. MARCACIÓN DE LA BASE DE DATOS DEL ISS. *El ISS deberá realizar una marcación en su base de datos, identificando que los afiliados cuyo traslado se ha autorizado, son beneficiarios del régimen de transición.*

11.7. APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN OTRAS ADMINISTRADORAS DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA. *El procedimiento señalado en este numeral será aplicable también a las administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida diferentes del ISS, caso en el cual la respectiva entidad deberá convenir con las administradoras del Régimen de Ahorro Individual el procedimiento requerido para cumplir con las disposiciones de esta Circular, el cual deberá ser informado a esta Superintendencia».*

12. Conservación Régimen de Transición. Acto Legislativo 01 de 2005, estableció para los casos del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, lo siguiente:

"Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

³⁵ Carpeta 01PrimeraInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf. Pág 40

diferentes historias laborales glosadas al expediente, con la condición de trabajador dependiente de orden privado, afiliado al extinto ISS.

Las historias laborales, así como la tomada de la OBP, dan cuenta de 534.71³⁶ semanas cotizadas por cuenta de Mineros S.A., que sumadas a las 342.29 semanas correspondientes al cálculo actuarial aquí ordenado por el tiempo no cotizado entre el 10 de mayo de 1977 y el 30 de noviembre de 1983, acreditan 877 semanas que superan con creces las 750 semanas cotizadas a que refiere la jurisprudencia aplicable al caso concreto.

Vistas además, las solicitudes del 12 de mayo de 2016³⁷ y 23 de marzo de 2017³⁸, elevadas por el actor ante Colpensiones, dan cuenta su voluntad de trasladarse hacia el RPM, siendo negada la primera de ellas el 18 de mayo del mismo año por no contar con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrada en vigencia al Sistema Social en Pensiones, requeridos por la SU 062 de 2010³⁹, circunstancia, que no desvirtúa el derecho, como tampoco impide el pronunciamiento judicial para garantizar su ejercicio, al ser reconocidas semanas adicionales no cotizadas por el empleador en el marco de este proceso.

Ahora bien, ha de verificarse, conforme a la mencionada jurisprudencia, y a los parámetros del mencionado Decreto 3995 de 2008, que cuando se realice el traslado de recurso del RAIS al RPM también se incluya lo que la persona había aportado al fondo de garantía de pensión mínima, y conforme quedó definido en la SU -062 de 2010, el traslado de los fondos se hará en su totalidad incluyendo el valor de los bonos pensionales si a ello hubiere lugar.

Como la Sala no cuenta con los suficientes elementos de juicio para determinar la satisfacción de la equivalencia del ahorro, se ordenará verificarla tanto a Colpensiones como a Porvenir S.A., de manera conjunta y coordinada, y, en todo caso, no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieren generado en caso de que el demandante hubiere permanecido bajo la administración del RPM, otorgándole al actor un plazo razonable para satisfacer la diferencia, si la hubiere, tal y como lo dispuso la A quo.

Dado que tal aspecto implica la garantía de los recursos para proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del demandante, y no fue considerado en la decisión recurrida, y conocida en consulta, **se modificará y adicionará** la sentencia conocida en apelación y consulta.

En razón de la autorización de traslado, corresponderá a Colpensiones y no a Porvenir S.A., asumir la prestación de vejez del demandante.

b) Consecuencias del traslado de régimen pensional y conceptos a trasladar hacia Colpensiones por parte de Porvenir S.A.

³⁶ Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf. Pág 47; 55; 272

³⁷ Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf Pág 62/67

³⁸ Carpeta 01PrimerInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf Pág 68/69 y 278/279

³⁹ Carpeta 01PrimerInstancia, carpeta 03ExpedienteAdministrativo2220170389; archivo denominado CRTRASING-2016_482083-20160518022818.pdf.

Alega Colpensiones en esta sede, que debe ordenarse el traslado de los rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, para lo cual ha de tenerse en cuenta que, conforme a la Circular 006 de 2011, y lo dispuesto sobre la materia en el referido precedente judicial, asiste parcialmente razón a la apoderada de la entidad demandada, quien equipara el traslado en virtud de las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2014, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, a los efectos de la ineficacia de traslado, la cual no fue decretada en la sentencia, ello así, no tratándose de un traslado de dinero ocasionado por la ineficacia de la afiliación hacia una AFP privada, si no como consecuencia del cumplimiento de requisitos que permiten el retorno en cualquier momento al RPM, está obligada Porvenir S.A. a remitir a Colpensiones, el saldo de la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluyendo los rendimientos generados en razón de su gestión respecto de los aportes del mismo, lo aportado al fondo de garantía de pensión mínima, y los bonos pensionales si los hubiere. El plazo para que Porvenir S.A. desembolse el dinero con destino a Colpensiones es de diez (10) días hábiles.

En ese sentido será **modificada y adicionada** la sentencia.

e) **Reconocimiento y pago de pensión de vejez al demandante**

Ahora, para determinar si el demandante consolidó o no el derecho pensional deprecado, se considera que este fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con 43 años de edad⁴⁰ por lo que, al 1° de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP para él, por ser trabajador dependiente del sector privado, y tenía 15 o más años de cotizaciones, por lo cual tiene derecho a que su prestación de vejez se estudie a la luz de lo exigido por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que le exige arribar a la edad de 60 años y alcanzar un número de semanas mínimo de 1000 en cualquier tiempo o 500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad, requisitos que satisfizo en ese orden, el 22 de abril de 2010, momento para el cual acreditaba más de 1.260 semanas.

Respecto al disfrute de la prestación, ha de indicarse que con la documental aportada no es posible concluir que hubiera realizado su retiro efectivo del sistema, quien además en interrogatorio de parte recaudado en primera instancia, aceptó estar activo laboralmente, en consecuencia, no es dable conceder el disfrute de dicha prestación como lo depreca el apoderado judicial en su recurso de alzada. Por lo expuesto, la Sala encuentra acertada la posición del Aquo, debiéndose **confirmar** la sentencia en este aspecto.

Se adicionará la sentencia de instancia, en torno a indicar los parámetros de la liquidación de la prestación, para lo cual Colpensiones debe tener en cuenta para hallar el IBL con el que debe liquidarse la mesada pensional el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al no hacer parte tal aspecto del régimen de transición, debe considerar el

⁴⁰ Carpeta 01PrimeraInstancia, archivo 02Expediente2220170389.pdf. Pág 40 - nació el 22 de abril de 1950

promedio de los salarios que el demandante cotizó durante los últimos 10 años o el de toda la vida laboral, para aplicar el más favorable y, al valor obtenido aplicará la tasa de reemplazo del 90% prevista en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, al haber acreditado más de 1.250 semanas, disponiendo su pago, con base al número de mesadas anuales a las que le asista derecho, y sin perjuicio de los aumentos de ley.

Ahora, en torno a lo apelado por la activa respecto del condicionamiento del cumplimiento de las órdenes emitidas desde la primera instancia al pago del título pensional por parte de Mineros S.A, ha de indicarse que tampoco puede condicionarse el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al pago efectivo del título pensional por parte de Mineros S.A. a Colpensiones –en virtud de la modificación efectuada en esta sede sobre dicho aspecto-, ello, en virtud de lo expuesto por el órgano de cierre en la materia, en sentencias como la **SL 14388 de 2015 y SL 3154 de 2021**, y que esta Sala de Decisión acoge, considerando que tal pago no comporta un requisito previo para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional que implicaría someter a los afiliados a una espera indeterminada del cumplimiento de una condición que no depende de su voluntad, afectando el acceso y satisfacción sus derechos mínimos fundamentales, por tanto, asiste razón al recurrente pues la obligación de reconocer la prestación es independiente de la obligación de efectuar el cálculo actuarial y recibir el título pensional, razón por la cual se **modificará** la decisión de instancia en dicho aspecto.

d) Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para resolver lo apelado por la parte demandante en torno a este concepto, ha de indicarse que los intereses moratorios no se causaron a cargo de Colpensiones, por cuanto la orden emitida -en su contra- de reconocer la pensión de vejez es consecuencia del traslado de régimen declarado en el marco de este proceso judicial, no estando la entidad facultada para reconocer dicha prestación en momento anterior a este proceso a quien no figuraba como su afiliado en ese entonces, quien además no ha acreditado su retiro del sistema y por ende no se dispuso el disfrute de la prestación; no siendo posible tampoco emitir orden abstracta en tal sentido por una tardanza que no se ha configurado.

III. EXCEPCIONES

En grado jurisdiccional de consulta se estudian, además, las excepciones formuladas por la pasiva, las cuales quedan implícitamente resueltas, por haberse causado lo pretendido en la demanda.

En torno a la prescripción alegada por Mineros S.A., debe precisarse que en cuanto al reclamo del pago del cálculo actuarial, dicho medio exceptivo no está llamado a prosperar por tratarse de una obligación encaminada a financiar la pensión de vejez del demandante cuyo carácter es vitalicio, y ostenta la connotación de derecho fundamental e irrenunciable, de modo que el pago del cálculo actuarial a transferir es imprescriptible, según ha dilucidado la SCL de la H. CSJ en sentencias como la SL 21798 de 2006 y SL941 de 2018, y en este caso no se vieron afectadas mesadas por ese fenómeno

extintivo al no haber transcurrido entre la causación de la prestación, su reclamación y la radicación de la demanda, el periodo de tres años a que refieren los arts. 488 del CST y 151 del CPTSS. Fenómeno que tampoco opera en torno a la pretensión de traslado de régimen, pues al poder el demandante trasladarse de régimen en cualquier momento, tal, no se configura.

IV. COSTAS

Para resolver lo apelado por Mineros S.A. en cuanto a la condena en costas impartida desde la primera instancia, ha de indicarse que no tiene vocación de prosperidad dado que la entidad se opuso a las pretensiones de la demanda, pese a la postura reiterada y pacífica sentada por la H. Corte Suprema de Justicia desde el año 2014, en cuanto al deber del empleador de asumir el cálculo actuarial por los periodos no cotizados, aun ante la falta de cobertura del ISS, siendo necesario la integración de Colpensiones y Porvenir S.A., para que cada una, desde sus competencias cumplieran las órdenes derivadas de la declaración del traslado de régimen pensional.

Sin costas en esta sede por haber prosperado parcialmente los recursos de ambas partes.

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín el 14 de diciembre de 2018, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por JORGE ELIÉCER GORDON SEQUEDA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A, **modificando** los numerales TERCERO Y CUARTO, en el sentido que

MINEROS S.A. dentro del término de 15 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, deberá radicar ante COLPENSIONES solicitud de liquidación de cálculo actuarial correspondiente a los periodos laborados entre el 10 de mayo de 1977 y el 30 de noviembre de 1983, equivalentes a 342.29 semanas, enviándole para tal efecto, la relación de salarios devengados por el señor Jorge Eliécer Gordon Sequeda en ese lapso y que fueron acreditados en el presente proceso. Dentro del término no superior a 30 días, COLPENSIONES en un término que no exceda de 30 días, debe realizar el cálculo actuarial, conceder plazo para su pago, y notificar de ello a MINEROS S.A.

Notificada debidamente la liquidación del cálculo actuarial, MINEROS S.A., cancelará a COLPENSIONES el título pensional dentro del término no superior a 30 días.

SEGUNDO: Modificar y adicionar los numerales 1, 2 y 3 contenidos en el numeral QUINTO de la sentencia conocida, el cual quedará así:

Declarar que **el señor Jorge Eliécer Gordon Sequeda**, tiene derecho a trasladarse del RAIS administrado por Porvenir S.A. hacia Colpensiones.

Se ordena a Colpensiones y a Porvenir S.A., que, en una labor conjunta y coordinada, verifiquen la equivalencia del ahorro del afiliado, la cual, en todo caso, no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieren generado en caso de que el demandante hubiere permanecido bajo la administración del RPM.

Porvenir S.A. desembolsará el dinero que se le ordenó devolver con destino a Colpensiones en diez (10) días hábiles.

TERCERO: Modificar y adicionar el numeral 4). contenido en el numeral QUINTO de la sentencia, ordenando a Colpensiones que al momento de reconocer la prestación cuantificará el IBL conforme dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tenga en cuenta el más favorable y, al valor obtenido aplicará la tasa de reemplazo del 90%⁴¹ prevista en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, , disponiendo su pago, con base al número de mesadas anuales a las que le asista derecho, y sin perjuicio de los aumentos de ley.

Colpensiones no podrá condicionar el reconocimiento y pago de la prestación de vejez al pago efectivo del título pensional, conforme a lo ya motivado.

CUARTO: Sin costas en esta sede.

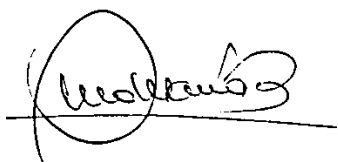
Se ordena notificar lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

⁴¹Por haber acreditado más de 1.250 semanas.