

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	BERTHA CERÓN ALBAN
DEMANDADO(s)	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E.
RADICADO No.	19-001-31-05-003-2019-00279-01
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA
TEMA	RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE VEJEZ CON EL ACUERDO 049 DE 1990 O SUBSIDIARIAMENTE, CON EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY 100 DE 1993, MODIFICADO POR LA LEY 797/2003
DECISIÓN	SE REVOCA LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA Y SE ABSUELVE A LA PASIVA DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS FORMULADAS EN SU CONTRA.

1. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 del Decreto Ley 2213 de 2022, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto

presentado por el Magistrado Ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve los **RECURSOS DE APELACIÓN**, propuestos por las partes demandante y demandada, respectivamente, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES E.I.C.E.**, respecto de la sentencia de primera instancia No. 44 del doce (12) de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Aprobado el proyecto presentado por el Magistrado Ponente, la Sala procede a proferir la presente sentencia, previo el recuento de los siguientes,

2. ANTECEDENTES

2.1. HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La señora BERTHA CERÓN ALBÁN, promovió PROCESO ORDINARIO LABORAL de PRIMERA INSTANCIA contra COLPENSIONES E.I.C.E., a fin de que se declare: **(i)** Que es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993; **(ii)** Que tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el D. 758 de la misma anualidad; **(iii)** Que tiene derecho a la reliquidación pensional, con un IBL en suma de \$2.443.606 y una tasa de reemplazo del 90%, tratándose de un derecho adquirido; **(iv)** Que tiene derecho al reconocimiento del retroactivo pensional, por las diferencias existentes entre el 79.17% y el 90% del IBL y **(v)** Lo que resulte probado en el proceso, de acuerdo con las facultades *ultra, extra petita* y el principio *iura novit curia*.

Como consecuencia de lo anterior, solicita, **(vi)** se **CONDENE** a la demandada al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez, conforme al artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el D. 758 de la misma anualidad; **(vii)** se **CONDENE** a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional, aplicándole un IBL de \$2.443.606 y una tasa de reemplazo del 90%, conforme al decreto 758 de 1990; **(viii)** se **CONDENE** a la demandada al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde que se causó el derecho y hasta el

pago efectivo del mismo y **(ix)** se **CONDENE** a la entidad demandada al pago de costas y demás gastos en virtud del presente proceso;

Subsidiariamente, solicita también, **(x)** se **DECLARE** que tiene derecho a la reliquidación de la pensión aplicándole un IBL de \$2.443.606 y una tasa de remplazo del 80%, conforme al inciso final del artículo 34 de la ley 100, modificado por el artículo 10 de la ley 797 de 2003; **(xi)** se **CONDENE** al reconocimiento del retroactivo pensional indexado y finalmente **(xii)** Se **CONDENE** a la pasiva a pagar las costas procesales.

Como fundamentos facticos expone la demandante, que nació el 19 de septiembre de 1959 y a la fecha cuenta con 60 años de edad.

Que laboró para la Industria Licorera del Cauca, desde el 21 de noviembre de 1979 y hasta el 31 de diciembre de 2016, con solución de continuidad, para un total de 1885 semanas cotizadas.

Que, laboró más de 35 años al servicio de la mencionada entidad, y quedó comprendida en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues a la entrada en vigor, el 30 de junio de 1995, por ser trabajadora oficial del nivel Departamental, contaba con más de 35 años y más de 15 años de servicios.

Señala, al contar con los requisitos para ser acreedora de la pensión de vejez (el 19 de septiembre de 2014), solicitó la pensión a COLPENSIONES el 29 de diciembre de 2014 y mediante resolución No. GNR 172127 del 11 de junio de 2015, COLPENSIONES E.I.C.E. reconoce la pensión de vejez, aplicando la ley 33 de 1985.

Expresa que, el 2 de octubre de 2018 solicitó la reliquidación de la pensión, y COLPENSIONES, mediante resolución No. SUB 322324 del 11 de diciembre de 2018, reliquida la pensión aplicando la ley 100 de 1993.

Que, el 19 de febrero de 2018, solicita nuevamente se reliquide su pensión y a través de resolución No. SUB 159635 del 20 de junio de 2019, la pasiva negó la reliquidación de la pensión; razón

por la cual, propuso recurso de apelación contra la citada resolución, insistiendo en la reliquidación de su pensión, pero COLPENSIONES E.I.C.E., mediante resolución No. DPE 6170 del 18 de julio de 2019, confirmó en todas y cada una de sus partes la resolución recurrida (Archivo No. 03, expediente digital de 1ra instancia).

2.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA COLPENSIONES E.I.C.E.:

Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda aduciendo, a la actora no le asiste derecho a la reliquidación de su prestación, con aplicación del acuerdo 049 de 1990 y una tasa de remplazo del 90%, pues si bien es cierto, cotizó para pensiones desde el 21 de noviembre de 1979 y hasta el 14 de noviembre de 1995, sus aportes se efectuaron a la Caja de Previsión del Departamento del Cauca.

Entonces, a pesar de que acredita 1885 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de aquellas, 818.857 no fueron cotizadas exclusivamente al ISS, por lo que de ninguna manera pueden incluirse para el reconocimiento de la pensión con el acuerdo 049, ni para incrementar la tasa de reemplazo, así como tampoco pueden incluirse las 175,857 semanas que la afiliada cotizó con posterioridad al 31 de julio de 2014, cuando terminó el régimen de transición, pues previo a la vigencia del sistema general de pensiones, la señora Bertha no cotizaba al ISS, sino a otra caja.

Finalmente expuso, si bien la demandante es beneficiaria del régimen de transición, de todos modos, no le es aplicable el acuerdo 049 de 1990, pues conforme a la circular 01 de 2012:

“(…) es necesario que el asegurado haya acreditado o acredite cotizaciones al Seguro Social, con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, es decir, 1 de abril de 1994”.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: (i) Inexistencia de la obligación – improcedencia de reliquidar la pensión en los términos solicitados en la demanda y (ii)

Prescripción de los derechos laborales (Archivo No. 08, expediente digital de 1ra instancia).

2.3 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán (Cauca), se constituyó en AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO el día doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA No. 44** dentro del presente asunto, en la cual resolvió: **i) DECLARAR** que la demandante BERTHA CERÓN ALBÁN, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con base en una tasa de reemplazo del 90%, en consecuencia, **ii) CONDENAR** a COLPENSIONES a reajustar la mesada pensional de la demandante a la suma de \$1.861.470 mensuales desde el 01 de enero de 2017, y a la suma de \$2.227.104 para el año 2022, así como al pago del retroactivo pensional generado por el mayor valor causado, entre el 01 de enero de 2017 y la fecha de la sentencia, que asciende a la suma de \$17.160.021, junto con el pago de la indexación de dicha suma, calculada hasta la fecha de la sentencia, por valor de \$2.864.527; **iii) DECLARAR** como no probadas las excepciones de mérito propuestas por COLPENSIONES y **iv) CONDENAR** a COLPENSIONES al pago de las costas del proceso en favor de la demandante.

Tesis del Juez: Sostiene, COLPENSIONES E.I.C.E. en los actos administrativos expedidos, acepta que la actora es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y le son aplicables las normas anteriores, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio y número de semanas cotizadas para acceder el derecho, así como el monto de la prestación, en lo referente únicamente a la tasa de reemplazo.

Que la pensión de vejez de la actora, le fue reconocida por la resolución GNR172127 del 11 de junio del 2015, aplicando las disposiciones de la ley 33 de 1985 y un total de 1.805 semanas acumuladas, entre semanas cotizadas a COLPENSIONES y tiempo de servicio cotizado en otras cajas del sector público.

Que para la entrada en vigencia del acto legislativo 001 de 2005, la actora contaba con más de 750 semanas cotizadas por el tiempo de servicio oficial y, por lo tanto, el régimen de transición se mantiene hasta el 31 de diciembre de 2014.

Considera, para esa fecha (31 de diciembre de 2014), la actora contaba con 1709 semanas cotizadas por el tiempo de servicio y, además, el 19 de septiembre del 2014 cumplió los 55 años de edad, es decir, que para la fecha límite de vigencia del régimen de transición, la demandante ya tenía cumplido los requisitos, conforme en el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año.

Se apoya en la jurisprudencia de la CSJ-SCL, para el reconocimiento de la pensión de vejez con los requisitos establecidos en el acuerdo 049 de 1990, solo era procedente sumar las semanas cotizadas al seguro social, hoy COLPENSIONES, sin que pudieran contabilizarse las cotizadas a otras cajas del sector público, sin embargo, recientemente la alta corporación, reevaluó tal concepto y verificó su precedente, llegando a la conclusión de que tal acumulación sí es posible (sentencia SL1981 del 01 de junio del 2020)

Frente al hecho de que la demandante solo se afilió en pensión al extinto seguro social el 15 de noviembre de 1995, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, sostiene que la Corte Constitucional, en sentencia de unificación 317 del 17 de septiembre del 2021, determinó que para la aplicación de lo dispuesto en el acuerdo 049 de 1990, no se requiere que el demandante se haya afiliado al régimen de seguro social, antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

En consecuencia, considera que a la demandante le son aplicables las normas contenidas en el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento de la pensión de vejez, lo cual modifica el monto reconocido, en lo que tiene que ver con el valor y tasa de reemplazo con la cual se liquida la pensión.

Además, como el AL 01 de 2005 dispone que el régimen de transición pensional solamente se extiende hasta el 31 de diciembre del 2014, tuvo en cuenta las semanas cotizadas hasta esa fecha, que, conforme al reporte de semanas cotizadas y lo

reconocido en la contestación por parte de COLPENSIONES, ascienden a 1709 semanas.

Respecto de la tasa de reemplazo, acudió a lo dispuesto en el artículo 20 del acuerdo 049 de 1990 y concluyó, con la ayuda del profesional universitario de la rama judicial, el ingreso base de liquidación (en adelante IBL) de la demandante, corresponde al promedio de los últimos 10 años cotizados y asciende a la suma de \$2,068,300; considerando que es procedente la pretensión de reliquidación de la mesada pensional, con el porcentaje de la tasa de reemplazo del 90% solicitada en la demanda.

En consecuencia, indicó que, el monto de la mesada para la fecha del reconocimiento, cuantificada y con los parámetros establecidos en dicha norma, debió ascender a la suma de \$1,861,470, valor superior al que le fue reconocido por COLPENSIONES, en la resolución SUB322324 del 11 de diciembre del 2018, mediante la cual se reliquidó la prestación reconocida en la GNR172127 del 11 de junio de 2015, lo cual conlleva a la procedencia de la reliquidación o reajuste de su mesada pensional.

Sostuvo, de acuerdo a la jurisprudencia y el artículo 36 de la ley 100 de 1993, para los beneficiarios del régimen de transición son aplicables el tiempo de servicio o semanas cotizadas, la edad y el monto de la pensión establecida en la norma anterior aplicable, y en lo referente al monto, se refiere específicamente al porcentaje o tasa de reemplazo, de manera que, los demás aspectos, se rigen con lo consagrado en la ley 100 de 1993, por tanto, a la demandante no le es aplicable la forma de calcular el IBL, consagrado en el decreto 758 de 1990, y según la liquidación elaborada por el profesional universitario de la Rama Judicial, existe un retroactivo a reconocer en suma de \$17,160,021, por los mayores valores de la mesada pensional de la demandante, correspondiente al periodo comprendido entre el 01 de enero del 2017 y la fecha de la presente providencia.

Además, al monto del retroactivo se le debe aplicar la indexación, que se calcula en suma de \$2,864,527, señalando también que, la mesada pensional para el año 2022, debe ser reajustada a la suma de \$2,827,104.

Por último, argumenta que no se configuró el fenómeno prescriptivo, pues la administradora reconoció la prestación a partir del 01 de enero del 2017 y posteriormente, la demandante elevó peticiones de reliquidación el 2 de octubre del 2018, 29 de febrero de 2019 y 24 de septiembre del 2019, efectuando la presentación de la demanda el 5 de diciembre de 2019; razón por la cual, tuvo por no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Es pertinente señalar también, en virtud de solicitud de adición que elevó la demandada COLPENSIONES, el Juez de Primera Instancia consideró, el descuento que debe hacerse de los aportes pensionales (sic) sobre el retroactivo reconocido, opera por ministerio de la Ley y no necesariamente debe ser objeto de pronunciamiento por parte del Despacho.

2.4 RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR LA PARTE DEMANDANTE

El apoderado de la demandante, luego de obtener del Juez la precisión que el total de semanas aplicadas en la decisión fue hasta el 31 de diciembre de 2014, apela para que *“... ..le tenga en cuenta hasta la última semana cotizada, lo anterior se fundamenta en lo siguiente, tanto el precedente de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional, en cuanto a la aplicación del decreto 758 que aprobó el acuerdo 049, determina que para el reconocimiento de éstas, se debe tener en cuenta el artículo 13 y 35 del acuerdo 049, aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad, que establece varias eventualidades, la primera, que la pensión de vejez debe reconocerse a solicitud de parte una vez reunido los requisitos mínimo a exigidos, la segunda que para poder entrar a disfrutar de la pensión es necesario la desafiliación del sistema, y la tercera, que para liquidar la pensión, debe tenerse en cuenta la última semana efectivamente cotizada, para el riesgo de vejez y la cuarta dispone que, el pago de las pensiones por mensualidades vencidas previo al retiro del aseguradora del servicio o del régimen según el caso.”*

A continuación cita textualmente el artículo 13 del decreto 758 del y acepta que el régimen de transición va hasta el 31 de diciembre del 2014, pero considera *“... ..para la liquidación de la pensión, se debe retener tener en cuenta hasta la última semana cotizada, y más si se tiene en cuenta el retiro de la demandante ,que*

no podría devengar dos erogaciones, entonces su retiro fue hasta el 31 de diciembre del 2016, y se hizo efectivo hasta el primero de enero del 2017, por ende, atendiendo el precedente que cobija respecto a la figura de causación y disfrute y que se tenga en cuenta todos los factores salariales, interpongo recurso de apelación solamente en lo desfavorable, que es no habersele tenido en cuenta hasta la última semana cotizada, que en este caso es más favorable, y daría un ingreso base de liquidación mayor al empleado por el despacho.”

2.5. RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR LA DEMANDADA COLPENSIONES E.I.C.E.

La demandada COLPENSIONES E.I.C.E., inconforme con la decisión de primera instancia, a través de apoderada judicial, interpone recurso de apelación, “... ..teniendo en cuenta que, si bien es cierto, a través de la sentencia SL1947 de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia rectificó su precedente, en el entendido que, es posible la acumulación de tiempos públicos NO cotizados al ISS, también lo es que, de conformidad con la jurisprudencia actual de esta Corporación, se ha indicado que la acumulación de tiempos públicos y privados no es procedente si el reclamante no estuvo afiliado al Instituto de seguros sociales con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, esto es, al primero de abril de 1994, por carecer de expectativa legítima pensional respecto del mencionado acuerdo, así lo señaló la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias **SL4165 del 19 de agosto 2020 y SL4392 de noviembre 2020, en las que la sala de casación permanente se abstiene de aplicar el criterio jurisprudencial de acumulación de tiempos, por no encontrarse el demandante afiliado al Instituto de seguros sociales, con anterioridad al primero de abril de 1994, por manera que en este asunto pues consideramos que, contrario a lo manifestado por el despacho, en atención a los precedentes ya reseñados, no es procedente la reliquidación de la pensión de la demandante con la aplicación del acuerdo 049 de 1990, toda vez que la señora Bertha se afilió al ISS con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, tal y como se acreditó con la documentales que obran en este expediente, en ese sentido, en efecto, pues en la sentencia SL4165 de 2020, la Corte al constituirse en el Tribunal de instancia expresó que, no sería aplicable el acuerdo 049, toda vez que en ese asunto el empleador afilió al accionante al Instituto de Seguro Sociales, después de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, y en la sentencia SL4392 de 2020 la corte, rememorando lo dicho en**

la sentencia SL4165, señaló: “puestas en esa dimensión las cosas, para que el accionante se apropie de la titularidad de un régimen pensional por vía de transición, impone como mínimo que se haya estado afiliado al mismo durante su ordinaria vigencia, acuerdos 049 1990, pues solo puede accederse al derecho pensional si se cumplen los supuestos de hecho que la particular norma que lo regula exige, el primero de los cuales es, obviamente que, se hubiese consolidado este con la calidad de afiliado al mismo; ello por cuanto no es dable declarar el hecho de una condición que nunca se tuvo, por consiguiente, si bien es cierto no se desconoce la calidad de beneficiario de la transición del demandante de las leyes 33 del 85 y 71 de 1988, también lo es que el actor no estuvo afiliado antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 al ISS, no es procedente analizar su derecho pensional a la luz del acuerdo 049 de 1990, en consecuencia se llegaría a la misma conclusión del Tribunal pero por las razones aquí expuestas”. Entonces, con apoyo en esta jurisprudencia, solicitamos Al honorable Tribunal revocar la sentencia que se ha dictado en primera instancia.”

A continuación, en el evento de confirmarse en segunda instancia la decisión de reliquidación, solicita “... **...se adicione en la sentencia en el sentido de que se autorice a Colpensiones, a efectuar el descuento del retroactivo correspondiente por o en lo atinente respecto de los aportes al sistema de Seguridad Social en salud, toda vez que, o esta situación a efectos de proteger los recursos públicos de Colpensiones, teniendo en cuenta qué, pues es sabido que, las sentencias son las que efectivamente o el fallo de las sentencias es efectivamente con lo que cuenta Colpensiones a efectos de hacer cumplir sus obligaciones, pese a que, cómo lo manifiesta el despacho, opera por ley, en la realidad no sé, no opera de esta manera, y por tanto, pues sí es necesario que en la parte resolutive, expresamente se autorice a Colpensiones a efectuar este descuento por parte de, en lo atinente al retroactivo.**”

“Asimismo, solicitamos al honorable tribunal, revocar la decisión en cuanto a la condena en costas, teniendo en cuenta que, en este asunto es claro, se encuentra absolutamente probado que, para la fecha en que Colpensiones reconoció el derecho pensional a la demandante, que fue en el año 2015, se incluyó en nómina en el año 2017 y la demandante efectuó la reliquidación de la pensión, respecto a la aplicación del acuerdo 049 únicamente el 24 de septiembre de 2019, pues es claro que, es todas entre reconocimiento y la reliquidación de la pensión, fueron anteriores a la fecha en que se cambió el precedente de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la acumulación de tiempos que fue con la sentencia SL1947 de 2020,

quiere decir lo anterior que, tanto para el reconocimiento de la prestación Colpensiones dio estricto cumplimiento a la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, específicamente la sala laboral de la CSJ, como el órgano de cierre de la justicia ordinaria para la especialidad laboral, y por tanto, que es la que, entre otras cosas, constituye doctrina probable, no la de la Corte Constitucional, por lo tanto Colpensiones no podía para el año 2015, ni 2017, ni mucho menos para el año 2019 reconocer o acceder a la reliquidación de la pensión de la demandante con la inclusión de tiempos públicos porque para el año 2019 el criterio de la corte era que no era acumulable estos tiempos públicos y por tanto, para esas fechas Colpensiones dio estricto cumplimiento siendo por tanto, obedeciendo entonces las directrices del ordenamiento legal, pero también de la jurisprudencia del órgano de cierre de la justicia ordinaria, en ese sentido consideramos que Colpensiones, que no se causaron estas costas y pues en cuanto a la contestación de la demanda y las actuaciones que se efectuaron por parte de la entidad, pues son actuaciones que obviamente se tienen que realizar dentro del proceso, una vez una entidad pública es notificada de una demanda como la que se presentó, en ese sentido, pues solicito al honorable tribunal revocar la sentencia y acceder a las pretensiones ya señaladas. En esos términos dejamos presentado el recurso de apelación, muchas gracias.”

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante auto del 12 de diciembre de 2022, se dispuso correr traslado por el término de cinco (5) días a cada una a las partes para alegar por escrito en esta instancia (Archivo No. 03, expediente digital de 2da instancia) y se allegaron los siguientes alegatos:

3.1. PARTE DEMANDADA COLPENSIONES:

Se ratifica en los argumentos presentados en la contestación de la demanda, indicando que a la actora no le asiste el derecho a la reliquidación de su prestación, con aplicación al Acuerdo 049 de 1990 y una tasa de reemplazo del 90%, pues si bien es cierto, cotizó para pensiones desde el 21 de noviembre de 1979 y hasta el 14 de noviembre de 1995, sus aportes se efectuaron a la Caja

de Previsión del Departamento del Cauca, de manera que, de las 1885 semanas cotizadas en toda su vida laboral, 818.857 no fueron cotizadas exclusivamente al ISS y de ninguna manera pueden incluirse para el reconocimiento de la pensión del Acuerdo 049, ni mucho menos para incrementar la tasa de reemplazo.

Agregó que, tampoco pueden incluirse las 175,857 semanas que la afiliada cotizó con posterioridad al 31 de julio de 2014, cuando finalizó el régimen de transición, máxime que, previo a la vigencia del sistema general de pensiones, la actora no cotizaba al ISS sino a otra caja.

Finalmente, argumentó que, si bien la demandante es beneficiaria del régimen de transición, no le es aplicable el acuerdo 049 de 1990, conforme a lo expresado en la circular 01 de 2012, en la cual se señala:

“Para proceder a la aplicación del régimen de transición y al reconocimiento de una pensión de vejez contenida en el acuerdo 049 aprobado por el decreto 758 de 1990, es necesario que el asegurado haya acreditado o acredite cotizaciones al seguro social, con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, es decir, el 1 de abril de 1994”.
(Archivo No. 06, expediente digital de 2da instancia)

3.2. por su parte LA DEMANDANTE, por intermedio de su apoderado judicial, guardó silencio dentro del término legal que le fue concedido para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia (Archivo No. 07, expediente digital de 2da instancia).

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES:

COMPETENCIA: En virtud a que la providencia de primera instancia fue apelada por las partes demandante y demandada, respectivamente, y además, se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor de la pasiva, por ser adversa la decisión de primera instancia a sus intereses, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, el artículo 69 del CPTSS y atendiendo al precedente jurisprudencial de la CSJ-SCL, en providencia del 09 de junio de 2015 (radicado No. 40200), siendo MP la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, esta Sala de Tribunal es competente para desatar los recursos apelación y el grado jurisdiccional de consulta, respectivamente, en relación con la sentencia de primera instancia.

Los sujetos procesales tienen capacidad jurídica para actuar en este proceso y están representados por sus apoderados.

En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva no hay objeción alguna, porque la acción la ejerce la presunta titular del derecho reclamado, en contra de la persona jurídica eventualmente obligada a reconocerlo.

El funcionario judicial que conoció del asunto es el competente, y el trámite satisfizo las exigencias de forma previstas en la ley.

Por lo tanto, se cumplen todos los presupuestos procesales, sin encontrarse nulidades insaneables.

5. ASUNTO POR RESOLVER.

Por tratarse de grado jurisdiccional de consulta y siguiendo los escritos de apelación, los **PROBLEMAS JURÍDICOS** consisten en establecer:

- 1.** ¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición, de que trata artículo 36 de la ley 100/93?
- 2.** En el evento de ser positiva la respuesta al anterior cuestionamiento, ¿A la actora le son aplicables las reglas del acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el D. 758 de 1990, para efectos del reconocimiento y reliquidación de su pensión de vejez?

Como problema asociado, se debe verificar si, ¿Para dar aplicación a los beneficios del acuerdo 049/1990 a favor de la actora por transición, se requiere su afiliación expresa al entonces ISS, antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993?

3. En caso afirmativo, en sede de consulta la Sala debe entrar a resolver si, ¿es procedente computar el tiempo de servicios prestados por la demandante al Departamento del Cauca (en la Industria Licorera del Cauca), junto con las semanas cotizadas al ISS, y, en consecuencia, es viable aplicar la tasa de remplazo del Acuerdo 049 de 1990, en un 90%, para efectos de reliquidar la pensión de vejez de la señora BERTHA CERÓN ALBÁN.

Como problema asociado y para dar respuesta a la apelación de COLPENSIONES, se debe verificar también si, ¿Para efectos de computar tiempos públicos y privados, también se exige que la actora hubiere estado afiliada al ISS, con antelación a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993?

4. En caso afirmativo al problema anterior, se debe dilucidar también si, ¿Acertó el Juez de Primera Instancia, al tener en cuenta las semanas cotizadas por la actora hasta diciembre de 2014 o en su lugar, procede tener en cuenta hasta la última semana cotizada por la afiliada, para efectos de definir el monto del IBL y de la mesada pensional correspondiente, según lo solicita el extremo activo en su recurso de apelación?

5. En caso de no ser aplicable el acuerdo 049 de 1990 para efectos de reliquidar la pensión de la demandante, la Sala debe analizar si tienen vocación de prosperidad las pretensiones subsidiarias de la demanda, relacionadas con la procedencia de reliquidar la prestación pensional teniendo en cuenta el artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003.

6. De ser procedente, en sede de consulta se estudiará también la excepción de prescripción alegada por la parte pasiva del proceso, Colpensiones.

7. De existir condenas, se debe verificar si ¿Procede autorizar a COLPENSIONES E.I.C.E., para que descuenta del monto del retroactivo pensional, los valores correspondientes a los aportes a seguridad social en salud, como expresamente solicita en su apelación?

8. Por último, ¿Hay lugar a revocar la condena en costas, según se reclama por la pasiva en su recurso de apelación?

6. RESPUESTA SOBRE LA CONDICIÓN DE LA DEMANDANTE COMO BENEFICIARIA DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y SU DERECHO A PENSIONARSE CON LAS REGLAS DEL ACUERDO 049 DE 1990.

La tesis de la Sala: Se dirige a revocar la decisión del Juez de Primera Instancia, pues si bien la demandante es beneficiaria del régimen de transición, no tiene derecho al reconocimiento de su pensión, con aplicación de las reglas del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, con apoyo en las siguientes premisas:

6.1. Con el fin de que las personas que estuvieran próximas a pensionarse, no se vieran afectadas con la creación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, el legislador fijó un régimen de transición (artículo 36), que les permitió mantenerse en el régimen pensional al cual estaban afiliados al momento de entrar en vigencia dicha Ley – primero de abril de 1994-, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez.

6.2. El régimen de transición es una medida de protección de las expectativas legítimas de los trabajadores que estaban próximos a adquirir su derecho a la pensión de vejez, cuando entró en vigencia del Sistema General de Pensiones, que implica mantener inmodificables las condiciones inicialmente establecidas en el régimen al cual pertenecían, ante la exigencia de requisitos más

gravosos que implican un retroceso en la garantía de sus derechos fundamentales.

6.3. Por mandato expreso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiaria del régimen de transición pensional, la demandante debe tener cumplidos 35 años o 15 años de servicios cotizados al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, advirtiéndose que, para el caso de la actora, por haber sido trabajadora oficial del Departamento del Cauca, la entrada en vigencia del régimen pensional contenido en la referida norma, se extendía a más tardar hasta el 30 de junio de 1995, acorde a lo señalado en el artículo 151 de la ley 100 de 1993.

Además, resalta la Sala, dicho artículo 36 de la ley 100 de 1993, señala expresamente en su inciso segundo:

“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.”¹

6.4. El Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005 -publicado el 25 de julio de 2005 en el diario oficial número 45980-, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, en su parte pertinente, dispuso:

“Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

«(...)

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario

¹ Negrita fuera de texto original

cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos».

(...)

Parágrafo 1º. (...)

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.

(...)

Artículo 2º. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.

6.5. La CSJ-SCL en sentencia SL7040-2017 del 26 de abril de 2017, radicación Nro. 75135, indicó:

“Salta de bulto que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 perdió su vigencia el 31 de julio de 2010. Esa fue la regla general constitucional, respecto de la cual en ningún yerro de aplicación o interpretación incurrió el Tribunal, dado que de ella nada

distinto es posible concluir, pues su tenor literal no deja asomo de duda sobre su contenido.

Y la sub regla prevista como excepción a la disposición de fenecimiento del régimen de transición al 31 de julio de 2010, es una y solo una: que de la fatal fecha se exceptúan quienes al 25 de julio de 2005 --fecha de publicación de la disposición en el diario oficial-- contaren con 750 semanas de cotización, pues a ellos se les extenderá el régimen de transición hasta el año 2014 --31 de diciembre, entiende la jurisprudencia--, de manera que si alguno de los requisitos les faltare por cumplir, ese será el plazo con el que contarán para obtener el derecho pensional

... (...)

“No puede perderse de vista que si bien la normativa que concibió el régimen de transición pensional contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 apenas exigió uno de dos requisitos para mantener lo que la recurrente denomina ‘expectativa legítima’ de la pensión: edad o tiempo de servicios cotizados, el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la posibilidad de que el régimen de transición se mantuviera indeterminado, por lo que estableció como fecha límite de su vigencia el 31 de julio de 2010. No obstante, dejó a salvo la situación de algunos de sus beneficiarios bajo una condición precisa: contar al 25 de julio de 2005 con 750 semanas de cotización, o con su equivalente en tiempos de servicios, así no estuvieran cotizados.

La expectativa legítima pensional que debe entenderse protegió el legislador es la recogida en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, frente a la cual, sin lugar a dudas, por el mero hecho de contarse con una determinada edad se podía durante su vigencia alcanzar el derecho pensional; pero el citado Acto Legislativo fue el que dio precisión al término de vigencia del régimen de transición, dejando claro que éste fenecía el 31 de julio de 2010. Sin embargo, habilitó la fecha del 31 de julio de 2014 como término último de adquisición del derecho, pero para quienes frente a este nuevo plazo contaban al momento de su vigencia --25 de julio de 2005-- con 750 semanas de cotización.”

6.6. Sobre la exigencia de haber estado afiliado o haber cotizado al ISS para la fecha de entrada de la Ley 100 de 1993, como condición para aplicar de manera ultractiva los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, conviene traer a colación la tesis de la Corte Constitucional y de la CSJ-SCL, así:

6.6.1. En sentencia SU 273-2022, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

*“En conclusión, en la actualidad existe un precedente unificado, pacífico, uniforme y reiterado que rechaza la exigencia de haber estado afiliado o haber cotizado al ISS para la fecha de entrada de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), como condición para aplicar de manera ultractiva los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990. Eso para peticionarios beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y por las siguientes razones: **(i) porque no existe disposición constitucional, legal o reglamentaria que contenga o sustente tal exigencia;** se trata en realidad de una regla sin un sustento adicional al criterio de COLPENSIONES o de algunos jueces que han omitido tener en cuenta el precedente vinculante explicado en los fundamentos jurídicos anteriores; (ii) es contraria a los principios de igualdad, irrenunciabilidad de los derechos laborales y del principio de favorabilidad, pues supone un acto discrecional que impide el reconocimiento de un derecho, sin justificación alguna, y (iii) vulnera derechos fundamentales como la seguridad social, el mínimo vital y la vida, pues trunca la obtención de una mesada pensional para quienes son beneficiarios del régimen de transición y tienen derecho a pensionarse, al cumplir con los requisitos exigidos en aquel régimen que les fuere más favorable, previo al consagrado en la Ley 100 de 1993.”²*

6.6.2. Por su parte la CSJ-SCL, ha definido la siguiente línea de pensamiento:

6.6.2.1. En la sentencia SL4165-2020 indicó:

² Negrita fuera de texto original

“Así, la Corte advierte que en el presente asunto no es aplicable el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, toda vez que el empleador afilió a la accionante al Instituto de Seguros Sociales después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1.º de julio de 1995 (f.º 28 a 30) y la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que si se pretende la aplicación del mencionado Acuerdo en virtud del beneficio de transición es necesario contar con este régimen pensional desde antes del inicio de la ley de seguridad social.”

6.6.2.2. En igual sentido, señaló la CSJ-SCL, en providencia SL4392-2020:

“De conformidad a las pruebas reseñada se tienen los siguientes supuestos fácticos: (i) que el actor nació el 5 de mayo de 1944; (ii) que al 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad; (iii) que según la historia laboral el demandante en calidad de servidor público realizó aportes a Cajanal y Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Sucre (04-04-83 a 14-05-96); (iv) que ingresó al sistema de pensiones por primera vez administrado por el ISS el 1 de mayo de 2006, esto es con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; (v) que su primer aporte al ISS, fue realizado con posterioridad al cumplimiento de los 60 años de edad.

De lo expuesto, conforme a lo regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el demandante es beneficiario del régimen de transición al haber prestado sus servicios al sector público y realizado aportes a las cajas de previsión antes de la entrada en vigencia de la normatividad señalada, lo que le permitiría acceder a su derecho pensional a la luz de la Ley 33 de 1985 o en su defecto la Ley 71 de 1988.

Como puede verse, aunque el accionante es beneficiario del régimen de transición, no podía ampararse en el Acuerdo 049 de 1990 por cuanto no

estructuró en él una expectativa legítima, en tanto empezó a cotizar solo tras la vigencia del sistema general de pensiones creado por la Ley 100 de 1993, así pues, hasta el advenimiento de esta ley, el actor únicamente tenía cierta confianza de que podía pensionarse con apego a la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, pero jamás con los reglamentos del ISS, donde nunca estuvo afiliado.

En armonía con lo expuesto, la Sala en la sentencia CSJ SL2129-2014, reiterada en las decisiones SL13154-2016, SL21790-2017, ha expresado para que una persona pueda ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, rigurosamente debe haber estado afiliada al sistema precedente con el que pretende pensionarse, que genere una expectativa legítima susceptible de protección legal, que es por demás la garantía de remisión, preservación y aplicación de regímenes pensionales anteriores que subyace a esa figura legal.”³

Más adelante, concluyó la CSJ-SCL, en la misma providencia SL4392-2020, lo siguiente:

“Puestas en esa dimensión las cosas, para que el accionante se apropie de la titularidad de un régimen pensional por vía de transición impone, como mínimo, que se haya estado afiliado al mismo durante su ordinaria vigencia (Acuerdo 049 de 1990), pues sólo puede accederse al derecho pensional si se cumplen los supuestos de hecho que la particular norma que lo regula exige, el primero de los cuales es, obviamente, que se hubiese consolidado éste con la calidad de afiliado al mismo, ello por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca se tuvo.

Por consiguiente, si bien es cierto, no se desconoce la calidad de beneficiario de la transición del demandante de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, también lo es, que el actor no estuvo afiliado antes de entrada en vigencia de la Ley 100

³ Negrita fuera de texto original

de 1993 al ISS, no es procedente analizar su derecho pensional a la luz de Acuerdo 049 de 1990, en consecuencia, se llegaría a la misma conclusión del tribunal, pero por las razones aquí expuestas.”⁴

6.6.2.3. Por último, en sentencia SL2902-2021 argumentó:

“Puestas así las cosas, desde ya advierte la Corte que le asiste razón al Tribunal, pues si bien el demandante cumple con uno de los requisitos de acceso al régimen de transición, esto es, la edad requerida al momento de la entrada en vigencia del sistema, esto es, 40 años, carece de régimen pensional anterior, toda vez que con anterioridad al 1 de abril de 1994, no se encontraba vinculado a ningún esquema pensional, por tanto, no hay una expectativa que proteger con la transición.”

(...)

*“En ese orden de ideas, no se trata de que el afiliado se encuentre o no cotizando al momento en que se produjo el tránsito de legislación, **sino de que para la fecha en que operó el cambio normativo, 1 de abril de 1994, aquel tenga una expectativa pensional en formación, susceptible de ser protegida en su materialización, tal como acertadamente lo consideró el fallador de segundo grado, la cual no se suple con el sólo cumplimiento de la edad, prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que atañe a los 40 años para los hombres, pues, se insiste, para ser beneficiario de tal prerrogativa pensional se requiere haber estado afiliado al régimen anterior que pretende le sea respetado y aplicado con posterioridad a la entrada en vigor del sistema general de seguridad social, lo cual no acontece en el sub litem.”⁵***

⁴ Negrita fuera de texto original

⁵ Negrita fuera de texto original

6.7. HECHOS PROBADOS:

6.7.1. La demandante tiene cumplidos los 35 años al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, situación jurídica que, en su caso, debía ser a más tardar el 30 de junio de 1995, por haber ostentado la calidad de trabajadora oficial del Departamento del Cauca (artículo 151 de la ley 100/1993) (carpeta titulada: “15.ExpedienteAdministrativo”, archivo PDF titulado: “GEN-ANX-CI-2016_12079939-20161012093849”, expediente digital de 1ra instancia).

En consecuencia, analizado el asunto, observa la Sala, para el 30 de junio de 1995, la señora BERTHA CERÓN ALBÁN contaba con 35 años de edad, pues nació el 19 de septiembre de 1959, según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía, visible en el archivo No. 01, pág. 4, expediente digital de 1ra instancia.

6.7.2. La señora BERTHA CERÓN ALBÁN cuenta con cotizaciones realizadas a la caja de previsión social del Departamento del Cauca, en el periodo comprendido del 21 de noviembre de 1979 al 31 de diciembre de 1979 y del 23 de enero de 1980 al 14 de noviembre de 1995, advirtiéndose que la actora tenía la calidad de trabajadora oficial de la Industria Licorera del Cauca (Carpeta titulada: “15.ExpedienteAdministrativo”, archivos PDF titulados: “GEN-COM-CO-2015_2757662-20150326184159” y “GRP-COP-AF-2014_10732109-20141229181557”, expediente digital de 1ra instancia).

6.7.3. Con la historia laboral de cotizaciones realizadas a COLPENSIONES, se constata, la demandante se afilió al entonces ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 15 de noviembre de 1995, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 que para la actora, por ser trabajadora oficial, se itera, era hasta el 30 de junio de 1995 -Artículo 151 de la ley 100 de 1993- (carpeta titulada: “15.ExpedienteAdministrativo”, archivo PDF titulado: “GRP-SCH-HL-66554443332211_1710-20200217103343”, expediente digital de 1ra instancia).

6.7.4. Mediante resolución GNR172127 del 11 de junio de 2015, COLPENSIONES E.I.C.E., le reconoció a la demandante la pensión de vejez, en aplicación de la ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición, indicándose que solo se incluiría en nómina, hasta tanto se acreditara el retiro del servicio de la pensionada, señora BERTHA CERÓN ALBÁN (Archivo No. 02, págs. 1-7, expediente digital de 1ra instancia).

6.8. CONCLUSIONES:

6.8.1. La demandante BERTHA CERÓN ALBÁN, es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por cumplir el requisito de edad exigible para la data de entrada en vigencia de la ley 100/93.

6.8.2. En relación con las dos tesis encontradas de la Corte Constitucional (SU273 del 2022) y la doctrina probable de la CSJ-SL (Ver sentencias SL4165-2020, SL4392-2020 y SL2902-2021) esta Sala se aparta de la tesis de la Corte Constitucional y acoge la doctrina probable de la CSJ-SCL, en primer lugar, porque contrario a lo afirmado por la CC en el aparte (i) resaltado de la SU273 DEL 2022 citada anteriormente, a juicio de esta Corporación, sí está expresamente regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la exigencia de haber estado afiliado al RPM administrado por el entonces ISS, antes de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, para ser acreedor de los beneficios transicionales del régimen de transición, con las reglas del Acuerdo 049 de 1990, según se infiere del tenor literal del siguiente aparte del citado artículo 36 “... .. 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.”

En segundo lugar, la intelección realizada por la CSJ-SCL al citado artículo 36, se encuentra ajustada a su tenor literal y resulta totalmente razonable su línea de la exigencia legal de la afiliación al entonces ISS, para que los beneficios transicionales se materialicen con las reglas del Acuerdo 049 de 1990. Además, por ser doctrina probable, obliga su aplicación al presente caso.

6.8.3. Bajo tales consideraciones, la Sala desestima la conclusión del Juez de Primera Instancia que se acogió a la tesis constitucional y se impone revocar la decisión de primera instancia que ordenó la reliquidación de la prestación pensional de la señora BERTHA CERÓN ALBÁN conforme a las previsiones del acuerdo 049 de 1990, toda vez que, a la actora como beneficiaria del régimen de transición, le son aplicables las reglas del régimen al cual se encontraba afiliada cuando entró en vigencia la Ley 100/93, el 30 de junio de 1995, contenidas en la Ley 33 de 1985 y bajo tal situación jurídica, contrario a lo afirmado por la CC en la SU citada, con esta decisión no se configuran los otros dos fundamentos (“... ..(ii) es contraria a los principios de igualdad, irrenunciabilidad de los derechos laborales y del principio de favorabilidad, pues supone un acto discrecional que impide el reconocimiento de un derecho, sin justificación alguna, y (iii) vulnera derechos fundamentales como la seguridad social, el mínimo vital y la vida, pues trunca la obtención de una mesada pensional para quienes son beneficiarios del régimen de transición y tienen derecho a pensionarse, al cumplir con los requisitos exigidos en aquel régimen que les fuere más favorable, previo al consagrado en la Ley 100 de 1993.”⁶), al gozar de los beneficios transicionales, pero con las reglas de la Ley 33 de 1985 a las cuales estaba afiliada.

6.8.4. Por lo expuesto, se revocarán los ordinales primero, segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, relacionados con la reliquidación concedida por el Juez de Primera Instancia y en su lugar, se declarará favorablemente la excepción de fondo alegada por COLPENSIONES bajo la denominación “(i) Inexistencia de la obligación – improcedencia de reliquidar la pensión en los términos solicitados en la demanda”

⁶ Negrita fuera de texto original

6.8.5. Resueltos en forma positiva el primero y negativa el segundo problema, la Sala queda relevada de abordar el estudio de los problemas jurídicos 3 y 4, los cuales sólo deben abordarse si la respuesta al segundo era afirmativa.

Los asuntos 6, 7 y 8 corresponden a consulta y apelación de Colpensiones, que no requieren estudio, al resolverse favorablemente la primera excepción de fondo.

La Sala procede a continuación a resolver el problema número 5, relacionado con las pretensiones subsidiarias, como consecuencia de haberse negado las principales, no obstante, no hay hechos que las sustenten, sólo en procura de proteger el derecho fundamental al debido proceso de la actora.

7. SOBRE EL DERECHO A LA RELIQUIDACIÓN DE LA PRESTACIÓN PENSIONAL DE LA ACTORA, CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY 100 DE 1993, MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 797 DE 2003.

Tesis de la Sala: Siguiendo las motivaciones del punto anterior, la demandante tiene derecho a la reliquidación de pensión de vejez con las reglas de la ley 33 de 1985, o con las previsiones del artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797/2003, el que le resulte más favorable.

Según los hechos de la demanda, actualmente la actora recibe la pensión, liquidada con las reglas del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, con sus modificaciones y en los hechos de la demanda, no se alega que esté mal liquidada.

En todo caso, efectuados los cálculos correspondientes, no existe un mayor valor a cancelar a su favor, razón por la cual, se negarán estas pretensiones subsidiarias.

Lo anterior, de conformidad con los fundamentos que a continuación se exponen:

7.1. El artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, contempla los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los siguientes términos:

“Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. <Ver Notas del Editor> Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.”

7.2. Por su parte, el artículo 21 de la ley 100 de 1993, establece los parámetros para determinar el IBL, en los siguientes términos:

“Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

7.3. Igualmente, se debe tener en cuenta el artículo 34 de la ley 100 de 1993, que consagra los parámetros y la fórmula, para establecer el monto de la pensión de vejez.

Frente a este punto, se cita también la sentencia de la CSJ-SCL, que indicó en sentencia SL3501-2022, lo siguiente:

“Así las cosas, el citado artículo 34 contiene dos elementos estructurales para establecer el monto de la pensión de vejez: i) una fórmula decreciente para calcular la tasa de reemplazo; y ii) un incremento de esa tasa de reemplazo por semanas de cotización adicionales a las mínimas, hasta llegar a un monto máximo de pensión entre el 80% y el 70.5% del IBL, en forma decreciente en función del nivel de ingresos, calculado con base en la misma fórmula.

De la misma manera, el precepto señala que «[...] El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima».

*Pues bien, para determinar el porcentaje de la pensión de vejez, debe utilizarse la fórmula $r = 65.50 - 0.50 s$, donde ‘r’ es igual al porcentaje del ingreso de liquidación y ‘s’ al número de salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo tanto, la tasa de reemplazo es el resultado de restarle a 65.50 los salarios mínimos contenidos en el IBL en cada caso; **de esa forma, la tasa de reemplazo es decreciente en función del ingreso base de liquidación del afiliado: a mayor ingreso base de liquidación menor será la tasa de reemplazo y, por el contrario, a menor ingreso mayor será la tasa indicada.***

En esa línea, la fórmula decreciente contiene dos variables: i) “r” que es un porcentaje (65.50); y ii) “s” que corresponde al número de salarios mínimos contenidos en el ingreso base de liquidación del afiliado.”⁷

⁷ Negrita fuera de texto original

7.4. En cuanto al tema del disfrute de la prestación pensional, conviene traer a colación lo señalado por la CSJ-SCL, en sentencia SL2557-2022, en la cual precisó lo siguiente:

“Ahora, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 - aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año-, consagra como requisito para el goce del derecho, la desafiliación del aportante, a efectos, de que éste pueda «entrar a disfrutar de la misma».

Por su parte, el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 establece la aplicabilidad de las disposiciones, que, a la fecha de promulgación y entrada en vigencia del Estatuto de Seguridad Social, se encontraban en vigor dentro del extinto Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones, o excepciones introducidas por este último.

Así las cosas, solo hasta el 12 de octubre de 2016 el demandante arribó a los 62 años de edad de que trata la norma, ya que nació en igual día y mes de 1954 (folio 7) y conforme a la historia laboral recaudada en sede extraordinaria (fo^{ls} 33-53, cuaderno casación), se tiene que Pérez Cadena superaba las 1800 semanas cotizadas para esa fecha, cantidad que excede considerablemente aquella exigida por la norma que consagra el derecho, por lo que en principio habría que acceder a la pretensión incoada en la forma en que fue pedida.

*Sin embargo, **la evidencia recaudada es útil para determinar, también, que el actor aún se encuentra afiliado al sistema, y que viene efectuando cotizaciones, no siendo factible, entonces, disponer el pago de la prestación.** Para arribar a esta conclusión basta advertir que, en el reporte de semanas recaudado por esta sede jurisdiccional, la AFP informó sobre la existencia de aportes al sistema hasta el mes de abril de 2022 (ídem).*

Así las cosas, aun cuando las pruebas recaudadas permiten inferir el cumplimiento de los requisitos necesarios para reconocer la pensión de vejez conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (con la modificación introducida por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003), ante la inexistencia de novedad

de retiro del sistema, presupuesto para definir la data a partir de la cual procede el disfrute de la prestación, se impone declarar la existencia del derecho, pero condicionando su pago al momento en que se produzca dicha desafiliación.”

7.5. HECHOS PROBADOS

7.5.1. La demandante nació el 19 de septiembre de 1959, de manera que cumplió los 57 años de edad, requeridos por la ley, el 19 de septiembre de 2016 (archivo No. 02, pág. 4, expediente digital de 1ra instancia).

7.5.2. Respecto a las semanas cotizadas por la actora, se tiene que, según reporte de semanas cotizadas, expedido por COLPENSIONES, actualizado a fecha 17 de febrero de 2020, la señora BERTHA CERÓN ALBÁN cuenta con 1.068,71 semanas cotizadas, en el periodo comprendido del 01 de noviembre de 1995 al 31 de enero de 2017 (carpeta titulada: “15.ExpedienteAdministrativo”, archivo PDF titulado: “GRP-SCH-HL-66554443332211_1710-20200217103343 HL2020”, expediente digital de 1ra instancia).

Pero sumando las 831,4 semanas que cotizó la demandante a la Caja de Previsión social del Departamento del Cauca, por los periodos comprendidos del 21 de noviembre de 1979 al 31 de diciembre de 1979 y del 23 de enero de 1980 al 14 de noviembre de 1995, se advierte que la actora cuenta entonces, con un gran total de 1.900 semanas cotizadas a seguridad social en pensión.

7.5.3. Mediante resolución SUB322324 del 11 de diciembre de 2018, COLPENSIONES resolvió reliquidar la pensión de vejez de la demandante, con efectividad a partir del 1 de enero de 2017, bajo los siguientes parámetros:

$$\text{IBL: } 1,966,418 \times 79.17 = \$1,556,813$$

Además, se indicó en dicha resolución que la mesada del 2017 sería en suma de \$1.646.330 y la del 2018 por valor de \$1.713.665 (Archivo No. 02, págs. 9-21, expediente digital de 1ra instancia).

7.6. CONCLUSIONES:

1. La señora BERTHA CERÓN ALBÁN, cuenta con los 57 años de edad y más de las 1300 semanas exigidas por el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, razón por la cual, tiene derecho a que se analice la reliquidación de su pensión de vejez conforme al artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la ley 797/2003.

2. Entonces, partiendo de la liquidación efectuada por el profesional Universitario Grado 12 en primera instancia, respecto al IBL (Archivo No. 09, expediente digital de 2da instancia), la Sala no encuentra reparos, en cuanto a la determinación de dicho IBL, en primera instancia, advirtiéndose además que, en dicha liquidación se incluyeron la totalidad de semanas cotizadas por la actora hasta el 31 de enero de 2017, contrario al argumento de la apelación de la demandante.

Entonces, partiendo de dicha liquidación, que obra en el archivo No. 09, expediente digital de 2da instancia y advirtiéndose que le es más favorable a la demandante el IBL calculado con el promedio de los últimos 10 años de cotizaciones, en la suma de \$2.068.300, la Sala tomará este monto como IBL para determinar el valor de la mesada pensional a que tiene derecho la demandante.

3. Ahora bien, para efectos de reliquidar la pensión y dando aplicación al artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la ley 797/2003, se tiene que el porcentaje de la tasa de reemplazo y monto pensional al que tendría derecho la demandante, es el siguiente:

Fórmula: $R = 65.5 - 0.50 S$

IBL en salarios mínimos del año 2017=
 $\$2.068.300/\$737.717=2.80$

$2.80*0,50= 1.4$

$R=65.5-1.4=64.1$

Es decir, que la demandante, en principio, tendría derecho a que se le aplique el 64.1% como tasa de reemplazo mínima sobre su IBL.

4. Sin embargo, como la demandante cuenta con 1.900 semanas cotizadas en total, computando tiempos públicos cotizados a la caja de previsión del Departamento del Cauca y a COLPENSIONES, respectivamente como se señaló en precedencia, entonces, la demandante cuanta con un total de 600 semanas adicionales a las 1.300 que existe el referido artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797/2003.

Sin embargo, conviene señalar, la CSJ-SCL ha indicado que para alcanzar el 80% de tasa de reemplazo máxima posible, sólo se obtiene con las cotizaciones con salario mínimo, atendiendo a que la fórmula contenida en el referido artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797/2003 es decreciente, es decir, a mayor ingreso menor tasa de reemplazo (Al respecto puede verse, por ejemplo, la sentencia de la CSJ-SCL SL3501/2022).

En consecuencia, a la actora se le debe aplicar un 15% más a la tasa de reemplazo inicial que ya se calculó en suma de 64.1%, porque tiene 1.900 semanas en total cotizadas a pensiones; de manera que la tasa máxima que se le puede aplicar a la demandante sobre su IBL es del 79.1%, precisamente como lo concluyó COLPENSIONES en la resolución SUB322324 del 11 de diciembre de 2018 (Archivo No. 02, pág. 19, expediente digital de 1ra instancia).

5. Bajo los anteriores parámetros y tomando el IBL calculado por el profesional universitario adscrito a la Sala del Tribunal superior, con el promedio de los últimos 10 años de cotizaciones,

en la suma de \$2.068.300 por ser más favorable a la actora como ya se dijo (Archivo No. 09, expediente digital de 2da instancia), y aplicada la tasa de reemplazo del 79.1%, calculada en precedencia; la demandante tendría derecho a una mesada pensional por valor de \$1.636.025 para el año 2017, es decir, inferior a la que le fue reliquidada por parte de COLPENSIONES, con base en la resolución SUB322324 del 11 de diciembre de 2018, que calculó como mesada pensional para el año 2017, la suma de \$1.646.330.

Por lo expuesto, la demandante no tiene derecho a un mayor valor, como resultado de la reliquidación de su mesada pensional, con base en el artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797/2003, pues incluso, dicho valor sería inferior al calculado y reconocido por COLPENSIONES, sin que pueda modificarse el monto de la mesada en perjuicio de la actora.

En consecuencia, se niegan las pretensiones subsidiarias de la demanda incoadas por la señora BERTHA CERRÓN ALBÁN y se declarará probada la excepción de “Inexistencia de la obligación – improcedencia de reliquidar la pensión en los términos solicitados en la demanda”, propuesta por COLPENSIONES E.I.C.E, siendo procedente absolver a la pasiva de la totalidad de las pretensiones formuladas en su contra.

8.- CONDENA EN COSTAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

En aplicación del numeral 4° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, la Sala estima, procede condenar en costas de primera y segunda instancia a la demandante y a favor de la pasiva, al no tener vocación de prosperidad sus pretensiones y haberse revocado en su integridad la sentencia de primera instancia, absolviéndose a COLPENSIONES de las condenas en su contra. En consecuencia, se revocará también el numeral quinto de la sentencia de primera instancia que condenó en costas de primera instancia a la pasiva.

Las agencias en derecho de primera instancia, las fijará el juzgado de origen y las de segunda instancia, se fijarán por el magistrado ponente, en la oportunidad procesal correspondiente.

9. DECISIÓN:

Por lo expuesto la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los ordinales primero, segundo, tercero y quinto de la sentencia No. 44, proferida el día doce (12) de septiembre del año dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, y en su lugar, **DECLARAR** que la demandante BERTHA CERÓN ALBÁN no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez que peticona, con aplicación del acuerdo 049 de 1990, por las razones expuestas en la motivación de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de fondo denominada “Inexistencia de la obligación – improcedencia de reliquidar la pensión en los términos solicitados en la demanda” propuesta por la pasiva y, en consecuencia, **ABSOLVER** a COLPENSIONES E.I.C.E. de la totalidad de las pretensiones principales y subsidiarias formuladas en su contra, según lo motivado.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de primera y segunda instancia a la demandante BERTHA CERÓN ALBÁN, como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

Las agencias en derecho de primera instancia, las fijará el juzgado de origen y las de segunda instancia, se fijarán por el magistrado ponente, en la oportunidad procesal correspondiente.

CUARTO: NOTIFÍQUESE la presente providencia por la Secretaría de la Sala, a las partes, de conformidad con el artículo 9° de la Ley 2213 de 2022.

Los Magistrados,


*Firma válida
providencia judicial*
**LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE**


*Firma válida
providencia judicial*
**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL**


*Firma válida
providencia judicial*
**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL**

Salvamento del voto.