



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
Magistrado ponente

SL9519-2015
Radicación n.º 55050
Acta 24

Bogotá, D. C., veintidós (22) de julio de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado del señor **LUIS EFRAÍN CASALLAS PINILLOS** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 27 de octubre de 2011, dentro del proceso ordinario laboral que promovió contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

I. ANTECEDENTES

El señor Luis Efraín Casallas Pinillos presentó demanda ordinaria laboral en contra del Instituto de Seguros Sociales, con el fin de obtener el reconocimiento y

pago de una pensión de vejez a partir del 2 de junio de 2006, junto con las mesadas adicionales, los reajustes legales y los intereses moratorios.

Señaló, con tales fines, que nació el 2 de junio de 1946 y estuvo vinculado al Instituto de Seguros Sociales y a la AFP Horizonte; que reclamó la pensión de vejez ante el Instituto de Seguros Sociales pero le fue negada, a través de la Resolución No. 9125 de 2007, con el argumento de que tan solo acreditaba 870 semanas cotizadas y persistía un conflicto con la AFP Horizonte; que en el reporte de semanas cotizadas, expedido a título informativo, consta que tiene un total de 1347 semanas; que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y reúne más de 500 semanas cotizadas entre los 40 y los 60 años de edad, o, en su defecto, las 1000 semanas en cualquier tiempo, de manera que la entidad demandada actuó de mala fe al dejar de reconocerle la prestación.

La entidad convocada al proceso se opuso a la prosperidad de las súplicas de la demanda. Admitió como ciertos los hechos relacionados con la vinculación del actor al Instituto y a la AFP Horizonte, así como su decisión de negar el reconocimiento de la pensión de vejez. Frente a lo demás, expresó que debía probarse. Arguyó que el actor había perdido el régimen de transición, por trasladarse de régimen, y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira profirió fallo el 4 de febrero de 2011, por medio del cual absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al surtirse el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, por virtud de un programa de descongestión, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, a través de la sentencia del 27 de octubre de 2011, confirmó la decisión emitida en la primera instancia.

En aras de fundamentar su decisión, el Tribunal estimó que su labor estaba circunscrita a *«...establecer si le asiste derecho o no al señor LUIS EFRAÍN CASALLAS PINILLOS, al reconocimiento y pago de la Pensión de Vejez a partir del 2 de junio de 2006, en virtud de lo estipulado por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.»*

Para dar respuesta a dicho cuestionamiento, recordó que el sistema integral de seguridad social estaba compuesto por regímenes de pensiones, salud y riesgos profesionales y que, en el ámbito del primero de ellos, los afiliados podían acceder a pensiones de vejez, invalidez o sobrevivencia, previo el cumplimiento de unos determinados requisitos establecidos en la ley. De igual forma, subrayó

que las normas sociales producían efectos hacia el futuro pero que, en tratándose de la seguridad social, se podían generar medidas de transición para *«...brindar protección o respeto a las condiciones, circunstancias o hechos que se venían desarrollando bajo normas anteriores con el fin de no afectar las expectativas que tienen los distintos sujetos, esto es, respetar meras expectativas y no derechos adquiridos.»*

Explicó, en ese orden, que la Ley 100 de 1993 había establecido un régimen de transición en su artículo 36, que había intentado ser modificado en varias oportunidades, *«...por cuanto la normatividad pensional anterior es una de las tantas causantes del grave déficit fiscal...»*

Precisó, por otra parte, que en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se había previsto la pérdida del régimen de transición, por el hecho de que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida se trasladara al de ahorro individual con solidaridad, cuando tenía más de 35 años de edad, en el caso de las mujeres, o 40 en el caso de los hombres, pero nada había establecido frente a quienes tenían más de 15 años de servicios o semanas cotizadas en el momento en el que entró a regir el sistema integral de seguridad social.

Hizo mención también de la sentencia de la Corte Constitucional C 789 de 2002, con fundamento en la cual, ese contingente de personas, que tenían más de 15 años de servicios a 1 de abril de 1994, podía regresar al régimen de prima media con prestación definida, sin perder el régimen

de transición, con la condición de que se trasladaran los aportes hechos al régimen de ahorro individual con solidaridad y que los mismos no fueran inferiores al capital que se hubiera acumulado normalmente en el régimen de prima media.

Dicho lo anterior, para el caso particular del actor, sostuvo:

Se avizora de las pruebas recaudadas, que el señor LUIS EFRAÍN CASALLAS, nació el 02 de junio de 1946, según se infiere de la copia de la cédula de ciudadanía aportada por él (fl. 13), por lo que al 01 de abril de 1994, contaba con 47 años de edad, y con 4 años y 6 meses de servicios y cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES según se infiere de la relación de novedades registradas durante el periodo del año de 1997 hasta el año de 1994 (fl. 122). Es decir que en cabeza de él, radicaba el derecho a ser acreedor del beneficio del régimen de transición, y por ende acceder a la Pensión de Vejez, de acuerdo a lo estipulado por el Decreto 758 de 1990 por el cual se aprobó el Acuerdo 049 de 1990, norma aplicable para los afiliados al seguros (sic) social. El que exige 60 años de edad para los hombres y 55 años para las mujeres, un mínimo de 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, o 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, con un porcentaje del 45% del ingreso base de liquidación por las primeras 500 semanas, que se aumentaría en un 3% por cada 50 semanas adicionales a las dichas, hasta un tope máximo del 90% del ingreso base de liquidación por 1250 semanas o más.

Sin embargo, según lo afirmado por el demandante, en cuanto a la vinculación con la administradora de fondo de pensiones privado AFP HORIZONTE, el traslado del régimen de prima media

con prestación definida al régimen de ahorro individual, se corrobora con el oficio No. 4767 del 21 de septiembre de 2007, suscrito por la Jefe del Departamento de Pensiones sucursal Risaralda (fl. 87), dirigido al Asesor de Devolución de Aportes, por presentar el actor multivinculación, es decir, con tiempos en un fondo privado administrador de Pensiones. Igualmente se demuestra con la información aportada al proceso por BBVA HORIZONTE Pensiones y Cesantías (fls. 134 a 136) donde manifiestan que el actor se vinculó a partir del 01 de abril de 1996 y sólo ese periodo cotizó, es decir, un mes. Se colige que el actor, al trasladarse del régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, perdió el beneficio contemplado en el Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 de 1990, al querer regresar al régimen de prima media con prestación definida, agregándole a lo anterior, que no cumplía con 15 años o más de servicio al 1 de abril de 1994. Es por ello que le asiste razón al A quo al desestimar tal pretensión.

Finalmente, indicó que al demandante le resultaba aplicable el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y que no cumplía con los requisitos allí dispuestos para obtener la pensión de vejez, pues había reunido un total de 895 semanas cotizadas durante toda su vida laboral y en todo caso menos de 1000.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el apoderado de la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case totalmente la sentencia recurrida y que, en sede de instancia, revoque la decisión emitida por el juzgador de primer grado y condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación laboral, oportunamente replicados y que pasan a ser examinados por la Corte.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia recurrida de «...*violar directamente la ley sustancial, por la vía directa, por infracción directa de los artículos 12, 13, 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 3 del decreto 1161 de 1994 inciso 6º, y por la aplicación indebida del artículo 36 de la misma ley, que condujo a la no aplicación artículo 12 del decreto 758 de 1990 y si a la aplicación del artículo 33 de la ley 100 de 1993.*»

En desarrollo del cargo, el censor dice aceptar las conclusiones del Tribunal, relacionadas con que el actor tiene más de 600 semanas cotizadas entre los 40 y los 60 años de edad, por lo que en principio es beneficiario del régimen de transición, y que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde solo cotizó un mes.

Dicho ello, expone que el Tribunal quebrantó el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, que establece los regímenes de pensión en el sistema integral de seguridad social, en la medida en que no podía *«...imponer al actor las cargas propias del régimen de prima media, cuando no se ha efectuado traslado efectivo al régimen de ahorro individual, toda vez que conforme a lo obrante dentro del proceso y así aceptado por el Juez Colegiado, de manera real y material, el señor Casallas Pinillos todo el tiempo de vinculación al sistema de seguridad social, excepto un mes, hizo aportes al Instituto de Seguros Sociales.»*

Señala que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 determina las características generales del sistema de pensiones, entre las cuales está la afiliación obligatoria, pero también voluntaria y libre, además de que en este caso no se cumplió con la exigencia establecida en la sentencia de la Corte Constitucional C 789 de 2002, de que la renuncia al régimen de prima media fuera expresa, pues por el contrario, el actor siguió realizando sus aportes al Instituto de Seguros Sociales.

Afirma que el Tribunal también infringió el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, que regula la emisión de bonos pensionales por traslados de régimen, en la medida en que *«...como nunca hubo traslado material y real de un régimen a otro, dicho bono es inexistente...»*, y que, de cualquier manera, nunca se demostró que la administradora de pensiones hubiera informado por escrito la posibilidad de

retractarse del traslado, como lo regula el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994.

Alega que, como resultado de las anteriores infracciones, el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues *«...si bien se tiene que el actor se trasladó al régimen de el régimen (sic) de ahorro individual, no se cumplió con las exigencias de legalidad para la eficacia de ese traslado, esto es, la existencia de renuncia voluntaria al régimen de prima media con prestación definida, tal como lo exige la Corte Constitucional cuando hizo estudio de tal exigencia en la sentencia C 789 de 2002.»*

Agrega que la referida exigencia *«...no es de poca monta...»* y ha sido prohijada por la jurisprudencia de esta Corporación en decisiones con radicaciones 31314 y 31989, *«...cuando se advierte que existe engaño para el afiliado, no solo en lo que afirma o informa, sino en lo que el trabajador ignora o se le calla, por lo que se insiste la indebida aplicación del artículo 36 conllevo (sic) a no inaplicación (sic) del artículo 12 del decreto 758 de 1990.»*

Por último, precisa que el actor tenía cumplidas más de 500 semanas cotizadas entre los 40 y los 60 años de edad, de manera que tenía derecho al reconocimiento de la pensión de vejez al amparo de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que fue desconocido por la aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

VII. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia recurrida «...de violar directamente la ley sustancial, por la vía directa, por infracción directa de los artículos 12, 13, 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 3 del decreto 1161 de 1994 inciso 6º, y por la interpretación errónea del artículo 36 de la misma ley, que condujo a la no aplicación artículo 12 del decreto 758 de 1990.»

En desarrollo de la acusación, acude a los mismos argumentos que soportan la demostración del primer cargo.

VIII. RÉPLICA

Aduce que el alcance de la impugnación del recurso es impreciso y que, de cualquier manera, el Tribunal no incurrió en las infracciones jurídicas que se denuncian, pues el actor decidió trasladarse válidamente al régimen de ahorro individual con solidaridad cuando no contaba con 15 años de servicios para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que perdió el régimen de transición y sus condiciones pensionales debían regirse por lo dispuesto en el artículo 33 de la mencionada normatividad y sus correspondientes reformas.

IX. CONSIDERACIONES

Los dos cargos se estudian conjuntamente, en la medida en que se encaminan por la misma vía y comparten idéntica argumentación.

En esencia, la decisión del Tribunal está fundamentada sobre las siguientes premisas: *i)* que el actor tenía más de 40 años de edad para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, por ello, en principio, era beneficiario del régimen de transición allí establecido; *ii)* que, a pesar de ello, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías y, posteriormente, regresó al de prima media con prestación definida, administrado por la entidad demandada; *iii)* que no tenía 15 años de servicios cotizados para el 1 de abril de 1994; *iv)* y que, por lo mismo, perdió el régimen de transición y sus condiciones pensionales debían someterse en su integridad a las previsiones de la mencionada Ley 100 de 1993.

Por su parte, a través de los dos cargos, la censura reprocha esencialmente la segunda de las mencionadas premisas y, con tales fines, insiste en que el actor era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y tenía derecho a obtener la pensión al amparo de lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta que no se había verificado un traslado efectivo y real al régimen de ahorro individual con solidaridad, con la

consecuente renuncia expresa al régimen de prima media con prestación definida.

Puesta la discusión en los anteriores términos, lo primero que advierte la Corte es que, como no se discute en el proceso, el actor se vinculó formalmente al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. el 1 de abril de 1996 y, en el marco de dicha afiliación, cotizó tan solo el periodo de abril de 1996 (fol. 134 y 135), sin que se volviera a registrar algún otro aporte.

De igual forma, de conformidad con los listados de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (fol. 61 a 69 y 116 a 124), el actor estuvo vinculado a dicha institución desde el 23 de marzo de 1977 y aportó de manera continua hasta el 31 de diciembre de 2007, por lo que el periodo de abril de 1996, que fue el único cotizado a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, fue cancelado de manera simultánea con el del Instituto de Seguros Sociales, hecho este que no desconoció el Tribunal al observar en su fallo que en este caso se había dado una *«multivinculación»*. Tampoco fue materia de discusión el hecho de que BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías trasladó al Instituto de Seguros Sociales los saldos por la única cotización que recibió - abril de 1996 -, por un valor de \$93.540.00. (fol. 134 y 135).

Teniendo presente el anterior marco fáctico que, se repite, no fue materia de discusión entre las partes, para la

Corte el Tribunal incurrió en los errores que se denuncian por la censura, al aplicar la consecuencia de pérdida del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, conforme a lo previsto en el inciso 4 del artículo 36 de la referida norma, a pesar de que el traslado del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, en las precisas circunstancias aquí demostradas, no puede tenerse como un traslado real y efectivo.

En efecto, esta Sala de la Corte se ha preocupado especialmente por destacar que, en el ámbito del sistema integral de seguridad social, la afiliación y la selección de un régimen de pensiones son actos rodeados de ciertas formalidades, con vocación de permanencia y que deben provenir de la elección libre, voluntaria y sin presiones del afiliado.

Tales características se derivan de lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con arreglo al cual *«...la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado...»*; del artículo 16 de la Ley 100 de 1993, según el cual *«...ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones.»*; del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por virtud del cual *«...la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado...»*; y el artículo 114 de la

Ley 100 de 1993, de acuerdo con el cual *«...los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.»*

En este caso, la Corte no puede pasar por alto el hecho de que el presunto traslado del actor, del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad, no cumplió en la materialidad con los propósitos legales de tal figura, con todas las implicaciones que ello conlleva y que se traducen en la posibilidad de brindarle al afiliado la facultad de seleccionar el régimen que más convenga a sus intereses pensionales. Dicho cambio de régimen, por otra parte, no tuvo la efectividad suficiente para rescindir una afiliación al Instituto de Seguros Sociales, continua, duradera y con vocación de permanencia.

Así lo dice la Corte porque, en la realidad, las cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales nunca se interrumpieron a partir del mes de abril de 1996, cuando presuntamente se generó el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que, por el contrario, la cotización del mes de abril de 1996 se pagó efectivamente al Instituto y las subsiguientes se continuaron pagando de manera ininterrumpida, por lo menos hasta el mes de

diciembre de 2007 (fol. 67), lo cual denota, sin duda, la intención del actor de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida.

En tal orden, si el hecho cierto es que se generaron cotizaciones simultáneas en los dos sistemas, por tan solo un mes – abril de 1996 -, para la Corte es necesario darle primacía a la afiliación real y efectiva sobre aquella que deviene simplemente aparente, esto es, tener por válida y única la vinculación del actor con el Instituto de Seguros Sociales, pues fue allí donde estuvo inscrito de manera permanente y continua desde el 23 de marzo de 1977, por lo menos hasta el mes de diciembre de 2007, según se deriva de los listados de semanas obrantes en el expediente.

No hay tampoco información concreta de que el actor estaba suficientemente informado de las consecuencias de su decisión de trasladarse, que en sus condiciones particulares se tornaba más gravosas, si se piensa en la pérdida del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Con ello la Corte quiere significar que, en las particulares circunstancias del actor, una cotización accidental o marginal al régimen de ahorro individual con solidaridad, hecha de manera simultánea con la cotización permanente y duradera que desde hacía varios años se tenía al régimen de prima media con prestación definida, y que además no evidencia registros precisos sobre la voluntad libre y suficientemente informada del actor al

respecto, no debe responder más que a una inadvertencia, que no tiene la suficiente entidad para dar por demostrado un traslado real y efectivo de régimen, con todas sus consecuencias, como lo tuvo por sentado el Tribunal.

Por lo mismo, se repite, ante esta particular circunstancia, de la evidencia de una sola cotización al régimen de ahorro individual con solidaridad, que además de insular, marginal, sin vocación de permanencia y sin registros precisos de las condiciones en las que se hizo, en paralelo con una afiliación histórica, permanente y sólida al Instituto de Seguros Sociales, que nunca tuvo solución de continuidad por la cotización al Fondo BBVA Horizonte, la solución más ajustada a los principios de la seguridad social, en vista a las consecuencias que tiene el traslado, de pérdida del régimen de transición, es que se tenga por inalterada la afiliación al régimen de prima media con prestación definida y se asuma que el presunto traslado nunca fue real y efectivo.

Las anteriores precisiones conllevan a dar por demostrado el error del Tribunal al asumir que el actor había perdido el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en las circunstancias fácticas que observó.

Por lo tanto, los cargos son fundados y se casará la sentencia recurrida.

Para mejor proveer en sede de instancia, se ordenará que por la Secretaría de la Sala se oficie a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES –, para que remita con destino al proceso los listados actualizados de semanas cotizadas por el señor Luis Efraín Casallas Pinillos.

Sin costas en el recurso de casación.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia dictada el 27 de octubre de 2011 por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario laboral seguido por el señor **LUIS EFRAÍN CASALLAS PINILLOS** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

Para mejor proveer en sede de instancia, se ordenará que por la Secretaría de la Sala se oficie a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES –, para que remita con destino al proceso los listados actualizados de semanas cotizadas por el señor Luis Efraín Casallas Pinillos.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidente de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS