REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	VICTOR MANUEL MORENO IBARBO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.. COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A..
RADICACIÓN	76001310501820220032501
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA NULIDAD DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA -.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 26

En Santiago de Cali, a los treinta (31) días del mes de enero de dos mil veintidós (2022), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la sala de decisión laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COLPENSIONES, así como la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 269 del 11 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada SANDRA MILENA PARRA BERNAL para que actúe como apoderada judicial sustituta de Colpensiones, según el poder aportado mediante correo electrónico el 7 de diciembre de 2022.

Mediante el Auto No. 05 del 24 de enero de 2023 se puso en conocimiento de las partes la prueba allegada por COLFONDOS que fue decretada por la Sala en el Auto No. 1045 del 19 de diciembre de 2022, sin que se hubiese hecho alguna manifestación al respecto.

SENTENCIA No. 7

I. ANTECEDENTES

VICTOR MANUEL MORENO IBARBO demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** – en adelante **PROTECCIÓN –** y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A**. – en adelante **COLFONDOS**–, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS porque no se cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **COLFONDOS** a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos y, se condene al pago de la pensión especial de vejez anticipada por hijo discapacitado más los intereses moratorios, con fundamento en el inciso segundo del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

COLFONDOS se opuso a las pretensiones de la demanda y señala que si brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora

de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliado, en la que se le recordó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedé plasmado su consentimiento. Propuso la excepción de prescripción, entre otras.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y adujo que no es la entidad competente para declarar la nulidad del traslado del demandante por cuanto no se ha probado ni declarado un vicio en el consentimiento de ella al momento de cambiar de régimen pensional y afiliarse al RAIS. Indicó que al actor le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional por lo cual no es procedente el traslado; que no contaba con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al Sistema de seguridad Social en Pensiones la Ley 100 de 1993, tiempo requerido por la sentencia unificada 062 de 2010, para efectuar el traslado en cualquier tiempo.

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones y expuso que no existió omisión alguna de su parte al momento de entregar al demandante toda la información que esta requería para que tomará una decisión consciente y libre de toda coacción, actuando de manera profesional, transparente y prudente en contraposición a lo afirmado en la demanda, siendo ella quien decidió de manera libre y espontánea, con

consentimiento informado, su traslado de régimen; que los fondos privados no tenían la obligación de brindar la información en los términos solicitados, por cuanto la existencia del deber de asesoría, sólo inicio formalmente hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Que el demandante tuvo la facultad de retractarse de la afiliación al RAIS, pero no hizo uso de ese derecho conforme a lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, por lo que considera que resulta inocuo esgrimir que existió un vicio del consentimiento derivados de presuntos engaños y asalto a su buena fe cuando han pasado más de veinte (20) años desde su traslado de régimen a PROTECCIÓN. Propuso las excepciones prescripción, compensación, entre otras.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó VICTOR MANUEL MORENO IBARBO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a COLFONDOS la devolución de todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración, comisiones, porcentajes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios si los hubiera, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro indexados y con cargo a su propio patrimonio. También condenó a PROTECCIÓN a devolver los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro, sumas que deberá trasladar debidamente indexadas y a

cargo de su propio patrimonio durante el periodo en que administró la cuenta de ahorro individual del actor.

Condenó a Colpensiones a pagar al demandante la pensión especial de vejez por hijo invalido con fundamento en el artículo 33 inciso 2 del parágrafo 4° de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, a partir del 19 de julio de 2021, con disfrute a partir de la fecha en que se acredite el retiro definitivo del sistema y sobre 13 mesadas al año. Para efectos del monto pensional señaló dar aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y al artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación y señala que su representada no participó en el acto de traslado que se está declarando ineficaz y que, la decisión tiene que ver con la conducta de un tercero; que su representada manifestó la improcedencia del traslado en virtud a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 por haberse presentado la petición fuera de tiempo y porque no era la entidad encargada de resolver la solicitud de traslado. Trae a colación sentencias del Tribunal de Pasto y de Bogotá para indicar que se debe revocar la condena en costas.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, se presentaron los siguientes alegatos:

ALEGATOS DE COLPENSIONES

Su apoderada judicial señala que se sostiene en los argumentos de hecho y de derecho que sirvieron de sustento para la contestación de la demanda y en lo que se haya probado dentro del proceso.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entonces, lo que la Sala resolverá es i) si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PROTECCIÓN y COLFONDOS. En caso afirmativo, ii) determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria; iii) si el demandante cumple o no con los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez anticipada por hijo en situación de discapacidad, con fundamento en el inciso segundo del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, de ser procedente, desde qué fecha se debe efectuar el reconocimiento y el disfrute de la prestación y; iv) si se debe revocar la condena en costas impuesta a Colpensiones.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Respecto al **deber de información**, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado al momento del traslado es lego en temas financieros y pensionales, ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el

artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003.

Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarle, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En tal sentido, contrario a lo que alegan las demandadas, el deber de información no desapareció cuando se agregó el deber de asesoría y buen consejo y de doble asesoría, pues éstos últimos son adicionales al deber de información que le asiste a los fondos de pensiones desde su fundación; tampoco es válido afirmar que ese deber de información se suple o se reduce a la firma del formulario de afiliación, ni a las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP; ni al tiempo en que el demandante estuvo afiliado a los fondos privados, pues con ellos se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo al demandante y lo que se hizo en ese contexto determinado de la afiliación, para así poder inferir si fue lo que la ley y la jurisprudencia exigen en cuanto el consentimiento informado. En consecuencia, si bien el formulario es un documento válido, con él no se suple la información que debió brindar el fondo de pensiones al actor al momento del traslado de régimen.

Respecto ese deber de información de la AFP se pueden consultar las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL

12136 de 2014, Sl19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019, entre otras.

En cuanto a la valoración del formulario de afiliación como prueba de la libertad de afiliación, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL367-2022 expresó que,

> *"Ahora bien, tampoco le asiste razón a la parte opositora que el formulario de afiliación suscrito por la petente era prueba suficiente de la voluntad libre e informada del afiliado, ya que se trata de un formato preimpreso que no ofrece ninguna certeza que en realidad se haya efectuado una explicación completa, clara, eficaz y de acuerdo a las condiciones de la persona que pretendía efectuar el traslado, lo que se observa es un forma genérica, que no puede llevar a concluir que se haya brindado una asesoría oportuna, clara y precisa sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, que existían para su caso particular, al momento de optar por cualquiera de los dos.*
>
> *Además, no podía entender que la actora expresó su voluntad de afiliación en el formulario. Al respecto se ha de precisar que el simple diligenciamiento del formulario no suple en manera alguna el deber de información, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma el mentado deber (CSJ SL1741-2021) en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017). Los formularios de afiliación son unos documentos proforma que nada diferente a lo allí señalado indican y, con base en los cuales no se puede estimar que signifiquen de contera entonces, el cumplimiento de la orientación necesaria, requerida y exigida por Ley para que la actora tuviese un conocimiento suficiente, pleno y veraz para poder comprender la conveniencia o no de su traslado."*

PROTECCIÓN y **COLFONDOS** no demostraron que cumplieron con el deber, que le asiste desde su fundación de informar al demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio

de régimen pensional, en ese sentido deviene que el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre.

Por lo anterior, la Sala no comparte el argumento que el demandante tenía el deber de informarse por la incidencia de los actos en su futuro y que era carga suya demostrar que cumplió con ese deber de consumidor financiero, en razón a que la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está es en cabeza de las administradoras de pensiones y no del demandante, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo los fondos de pensiones mediante prueba que acredite que cumplieron con la obligación y la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo.

Así las cosas, la Sala considera que la Juez acertó en su decisión de declarar la nulidad o la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo que procede entonces, es la ineficacia de la afiliación, nulidad o ineficacia del traslado, como se quiera denominar. La Sala considera que el uso del término nulidad de traslado se abordó como una consecuencia de la trasgresión del deber de información, se entiende que nulidad de traslado e ineficacia del traslado en este proceso se expusieron como sinónimos que tienen las mismas consecuencias jurídicas.

Respecto a esa diferencia entre nulidad relativa y absoluta, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral precisó en la sentencia CSJ SL4369 de 2019 que:

"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. ***Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.***

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general ***cualquier persona*** *natural o jurídica* ***que impida o atente en cualquier forma*** *contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […]* ***la afiliación respectiva quedará sin efecto****».*

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.

En consonancia con lo expuesto, cabe recordar que todo deber tiene como correlato un derecho. Luego, si conforme a las reglas referidas en casación, las administradoras tienen rigurosas obligaciones de brindar información a los afiliados; estos a su vez tienen el derecho a recibirla. Por ello, puede aseverarse que existe un derecho de los afiliados a obtener información sobre las consecuencias y riesgos de su cambio de régimen pensional, de manera que su violación –por disposición de ley– se sanciona con la ineficacia del acto.

Para ahondar en razones, y asumiendo que el deber de información tiene como correlato un derecho a la información, la sanción de ineficacia no solo encuentra respaldo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también en

los artículos 272 de la citada normativa, 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política."

DE LAS CONSECUENCIAS DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado y lo que alegan las demandadas referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales ni los rendimientos, esta Sala indica que las consecuencias serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió por lo cual, se deben devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, las sumas adicionales de la aseguradora, los gastos de administración, el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones con cargo a sus propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1.746 del C.C., así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL4360 de 2019 en la que rememoró las *"Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado*" en los siguientes términos:

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

Y en la sentencia SL367-2022 indicó que:

"(…) También se ha dicho por la Sala que una vez declarada la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, las comisiones y los gastos de administración, entre otros, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro.

Por tal razón, en tratándose de ineficacia, esta Corte ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de comisiones gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos en forma indexada (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL4175-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (…)"

De tal suerte que, la devolución de los gastos de administración y rendimientos no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente al demandante ni a COLPENSIONES, porque su orden se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras que ha generado deterioros en el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por tanto, devolver los gastos de administración, primas de la aseguradora y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, de forma indexada, es procedente, debido a la pérdida del poder adquisitivo de esos valores ocasionados por el paso del tiempo, tal y como lo ha

señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en las sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL3207-2020, SL4025-2021, SL4062-2021, SL4175-2021, SL367-2022, entre otras.

En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen, esta Sala encuentra que es imprescriptible, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL1421-2019, posición reiterada en la SL1688-2019, SL1689-2019, SL2611 de 2020, SL2308-2020, entre otras. Iguales razones caben para indicar que no hay prescripción respecto a los gastos de administración, pues estos nacen del derecho a la ineficacia del traslado, en la sentencia SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, se reiteró que,

> *"Hay que mencionar que, así como la acción para obtener la declaración de ineficacia es imprescriptible,* ***los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación****. En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)."*

En lo referente a las COSTAS impuestas a Colpensiones, esta Sala recuerda que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su

numeral 1°, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc., por lo cual, se confirma la condena, toda vez se opuso a las pretensiones de la demanda.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, dispone que la madre o el padre trabajador cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a percibir la pensión de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al sistema general de pensiones al menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez.

La Sala considera que el demandante sí tiene derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez anticipada por hijo en condición de discapacidad reglamentada en el inciso segundo del parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 en razón a que sus hijos Niyer Moreno Martínez y Viviana Moreno Martínez presentan una pérdida de la capacidad laboral del 68.53% y 58.30%, respectivamente, según se evidencia de los documentos visibles a folios 31 y siguientes del PDF01 del cuaderno del juzgado. Y, al acreditar las 1.300 semanas que exige la referida norma para acceder a la pensión.

Del detalle de semanas cotizadas expedida por COLFONDOS que obra en el PDF09 del cuaderno del Tribunal, se desprende que el demandante cotizó en toda la vida laboral un total de **1.252.43** semanas, a las cuales se les debe sumar **79** semanas de servicio público en el

Ministerio de Defensa Nacional por el periodo comprendido entre el 26 de marzo de 1985 al 30 de septiembre de 1986, el cual se tiene en cuenta de conformidad al literal b) del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que señala que se deben contabilizar para la pensión de vejez el "*tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados".*

Así las cosas, el actor cuenta en toda su vida laboral con **1.331,43** semanas que le dan derecho a la pensión reglamentada en el inciso segundo del parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, con relación al requisito de la dependencia económica de Niyer Moreno Martínez y Viviana Moreno Martínez, respecto de su padre, se encuentra demostrada con el testimonio rendido por Maurelina Vélez, quien manifestó que conoce al demandante porque vivían en la vereda Bocas de Palma en el año 1994, desde que eran muy jóvenes, que aun visita con frecuencia dicha vereda y por eso sabe que él tiene tres hijos, una de ellas es independiente y los otros dos no se dedican a nada porque son discapacitados y dependen económicamente de su padre, lo sabe por la amistad que tienen; que el actor no recibe pensión y también su "esposa" depende económicamente de él, pues ella se dedica a cuidar a sus dos hijos discapacitados. Lo dicho por la testigo fue coincidente con lo manifestado por Libia Mery Martínez Quintero, quien es la compañera permanente del demandante.

La Sala le da credibilidad a la testigo en cuanto a la dependencia económica de Niyer Moreno Martínez y Viviana Moreno Martínez respecto del demandante, toda vez que por la amistad que los une, conocen las circunstancias en que se ha dado tal dependencia, razón

más que suficiente para concluir que la dependencia económica se encuentra demostrada.

No huelga aclarar que la pensión de vejez especial por hijo en condición de discapacidad consagrada en la Ley 797 de 2003 no requiere que el progenitor a cargo del hijo discapacitado deba tener la calidad de padre o madre cabeza de familia; aunado a que sería contradictorio exigir la doble dependencia tanto económica y de acompañamiento o cuidado, para acceder a la pensión especial, por cuanto el padre y madre están en la obligación de responder económicamente por sus hijos menores o discapacitados, lo que necesariamente implica el desarrollo del rol de trabajador que, en cualquiera de sus formas, impide el cuidado exclusivo de su descendiente en condición de discapacidad. Tampoco la norma exige que el trabajador se encuentre laboralmente activo al momento de la solicitud de pensión por cuanto el cumplimiento del número de semanas para acceder a la pensión especial, presupone que el padre o madre tuviese esa condición, esto es la de persona que estuvo activa durante su vida laboral y nada impide que el padre también se ocupe, en forma exclusiva o mancomunada con su pareja del cuidado de un hijo en condición de discapacidad. Así lo concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL17898-2016, SL1991-2019, SL3247-2019, SL3772-2019, entre otras.

En cuanto al disfrute de la pensión, conforme a lo dispuesto por la juez, estará condicionado a la fecha de retiro del sistema pensional de la afiliada, según el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, ya que no obra reporte de desafiliación expresa o tácita pues se observa en la historia laboral consolida que ha realizado cotizaciones hasta diciembre de 2022 sin que obre el retiro del sistema. Lo anterior porque en este caso el reconocimiento de la pensión a cargo de Colpensiones se ordena en virtud a la declaratoria de la ineficacia del traslado del actor al RAIS,

régimen en el que la pensión se obtiene de acuerdo al capital ahorrado y no por semanas como en el régimen de prima media con prestación definida; aunado a que la pensión de vejez deberá financiarse tanto con lo cotizado en Colpensiones como con los dineros que reciba esta administradora de pensiones de COLFONDOS.

Así las cosas, la primera mesada pensional deberá ser liquidada y reconocida por Colpensiones una vez se produzca la desafiliación del sistema, así: i) el IBL que le sea más favorable, entre el promedio de los IBC de los últimos diez años o de toda su vida laboral, en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993; ii) una tasa de reemplazo, calculada según la fórmula del artículo 34, ib, modificado por el artículo 10° de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta el total de las semanas reportadas. iii) conforme al Acto Legislativo 01 de 2005, el demandante tiene derecho a una mesada pensional adicional al año, pues causó su derecho con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL779-2022 indicó en un caso de ineficacia de traslado que,

> *"(…) tal como se advierte en los términos de los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, al cual se acude por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, no es viable o exigible su disfrute, por cuanto continúa vinculada laboralmente, afiliada y cotizando al Sistema General de Pensiones, según se desprende de la relación de aportes allegada por Porvenir (…)"*

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5 numeral 1 del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 269 del 11 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

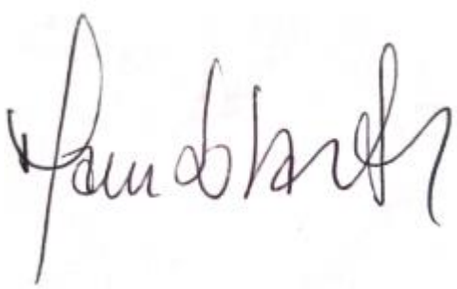
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

Intervinieron los Magistrados,

GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO

ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

German Varela Collazos

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 002 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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

Código de verificación: **762ad6ccc2d77c5776c834d3685ad572a89c53c4f45fdcf77b4c47f03137f002**

Documento generado en 31/01/2023 03:38:27 PM

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