

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, agosto dos (2) de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería al doctor Walter Arley Rincón Quintero, portador de la Tarjeta Profesional número 333.284 del CSJ para llevar la representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los términos de la documentación allegada para el efecto.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario radicado con el número 050013105009201800042301, promovido por la señora **BEATRIZ ELENA PÉREZ PIEDRAHITA**, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, FABRICATO SA, PORVENIR SA**, y en donde se citó al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del circuito de Medellín, y revisar en consulta la misma providencia en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...” se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número **248**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

La señora Pérez Piedrahita solicitó la nulidad de la afiliación o traslado pensional a Porvenir S.A., el reconocimiento del régimen de transición, ordenándose el traslado de los aportes realizados, y la incorporación a la historia laboral de Colpensiones. Que se declare que existió con Fabricato S.A. y por intermedio de la empresa filial Diversificación Industrial de San Pedro S.A. - Divisa, una relación laboral mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de enero de 1980 y hasta el 30 de mayo del año 2012, ordenándose a la pasiva al pago del cálculo actuarial correspondiente entre el 2 de enero de 1980 y el 30 de mayo de 1994. Se ordene el pago a la accionada Colpensiones de la pensión de vejez o invalidez por cumplir los requisitos de una u otra prestación. De manera subsidiaria, el pago a Porvenir de las prestaciones derivadas de la vejez o invalidez de la demandante. Al pago del retroactivo pensional causado entre el cumplimiento de los requisitos, bien para la pensión de invalidez o la de vejez y a los intereses del artículo 141 de la ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación.

Como fundamento de sus pretensiones se expuso, que nació el 20 de septiembre 1958. Para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraba vinculada a Diversificación Industrial San Pedro S.A., bajo la supervisión y control directo de la sociedad principal Fabricato S.A., contando con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición. Narró que su empleador, si bien prestó servicios desde el mes de septiembre del año 1979 y fue vinculada mediante contrato de trabajo desde el 2 de enero del año 1980 y hasta el 12 de mayo del año

2012 no la afilió desde ese momento. Explicó que siempre tuvo el convencimiento de laborar al servicio de Fabricato S.A., pues era ésta quien le daba capacitaciones, le hacía revisiones médicas periódicas, le impartía órdenes y recogía la producción. Expuso que una vez cumplió con el requisito de edad, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, sin que hubiere respuesta alguna, y para el mes de mayo del año 2012 dejó de laborar por su precario estado de salud, solicitando de manera particular la realización de dictamen médico laboral que estableció un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 58.51%, de origen común y estructurada el 23 de mayo del año 2016.

Admitida la demanda, se ordenó su notificación a las partes accionadas quienes contestaron:

Porvenir SA, se opuso a lo pretendido, indicando que la demandante realizó de manera libre la selección de régimen pensional y reiteró que fue precisamente la vinculación a Porvenir SA, la primera afiliación de la demandante, de acuerdo al historial desprendido del SIAFP, sin que hiciera uso del derecho al retracto petición se tenga dicha afiliación como válida. Igualmente, indicó que respecto a la pensión de vejez que reclama de manera subsidiaria, no cuenta con 1.150 semanas cotizadas, y sobre la pensión de invalidez, con la fecha de estructuración del dictamen que es allegado con la demanda, no reúne el requisito de densidad suficiente para acceder a la pensión. Interpuso las excepciones de: *“Prescripción”, “Falta de causa para pedir”, “Buena fe”, “Inexistencia de las obligaciones demandadas”, “Petición antes de tiempo”, Prescripción de la acción que pretende la nulidad de la afiliación”, “Ausencia de la responsabilidad atribuible a la demandada”*.

Colpensiones expresó que no le constan los hechos narrados en el escrito de demanda y aceptó las solicitudes elevadas por la actora, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones e invocando las excepciones de: *“Inexistencia de la obligación”, “Prescripción”, “Imposibilidad de condena en costas”, “Buena fe”, “Excepción innominada”*.

Fabricato SA negó haber intervenido en las relaciones contractuales de DIVISA SA, pues el control que le asistió para con ésta fue solo desde el año 1996. Expone que la obligación de afiliación de la demandante surgió tan solo desde el año 1994 de acuerdo a la cobertura en el Municipio de San Pedro de los Milagros, por lo que antes de dicho momento no hubo obligación alguna de afiliación. Argumentó que la actora tuvo periodos de cotización interrumpida y negándose a la prosperidad de lo pretendido interpuso las excepciones de : *“Inexistencia de vínculo laboral entre Fabricato SA”*, *“Inexistencia de la unidad de empresa entre Divisa SA y Fabricato SA”*, *“Inexistencia de la obligación de reconocer y pagar título pensional y/o calculo actuarial”*, *“Inexistencia de la obligación de la demandante de asumir el % que le corresponden sobre el valor del titulo y/o cálculo actuarial”*, *Prescripción extintiva*, *“Buena fe de Fabricato SA”*, *“Imposibilidad de condena en costas”*, *“Compensación”*, *“Pago”*.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifestó que no le constan los hechos narrados en el escrito de demanda e interpuso las excepciones de *“Buena fe”*, *“Excepción genérica”*.

En sentencia proferida el dieciséis (16) de octubre del año dos mil veinte (2020), el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, declaró la existencia de una relación laboral entre la demandante y la empresa Divisa SA entre el 2 de enero del año 1980 y el 30 de mayo del año 2012, así como la unión empresarial entre la sociedad Fabricato SA y la empresa Diversificadora Industrial de San Pedro SA-Divisa SA. Condenó a Fabricato SA a pagar el cálculo actuarial correspondiente entre el 2 de enero de 1980 y el 30 de mayo de 1994 y los aportes en mora generados entre octubre de 1997 y el 30 de diciembre de 1998. Ordenó a Colpensiones a elaborar en el término de dos meses el cálculo actuarial respectivo y enterar a Fabricato, para que proceda con el respectivo pago.

Declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual, y por ende señaló que se encuentra afiliada a Colpensiones, por lo cual condenó a Porvenir al traslado de los aportes a dicha entidad quien deberá consolidarlos en la historia laboral de la trabajadora. Declaró que la actora era beneficiaria del régimen de transición, y ordenó el pago de la pensión de vejez

desde el 30 de mayo del año 2012, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente con la prescripción de las mesadas causadas con antelación al 11 de febrero del año 2014, condenó en costas a las accionadas.

Fundamento su decisión en que quedó probada la existencia de la relación laboral deprecada, la unidad de empresa con Fabricato SA, la obligación de cotizar y la ausencia del deber de información por parte del fondo privado. Ante la ausencia del deber de información, declaró la ineficacia de la afiliación para que la demandante pudiese afiliarse al régimen que a bien quisiera, el cual, según el planteamiento de la demanda era el Régimen de Prima Media. Así mismo, que la demandante contaba con la densidad suficiente para el reconocimiento de la pensión de vejez con la prescripción parcial de las mesadas. Igualmente, aclaró que lo procedente es el pago del cálculo actuarial de la manera descrita en el Decreto 1748 de 1995 y 7398 de 2003 y no sólo el pago indexado de los aportes pensionales.

RECURSO DE APELACIÓN

Fabricato S.A. presentó su inconformidad sobre la totalidad de las decisiones de la sentencia, así:

Respecto a la unidad de empresa, indicó que la única prueba existente sobre el predominio económico era el certificado de existencia y representación legal, que no indica la existencia de tal, sino que refiere una normativa de tipo comercial insuficiente para la declaración realizada, y las demás pruebas que fueron aportadas y que relatan exámenes realizados a la demandante, no tiene el nombre de la actora sino de una de las testigos llamadas al proceso. Sobre los testimonios, indicó que estos no eran parte de la planta contable o de la junta directiva para tener conocimiento de esa situación. Argumentó que la situación dada, no era otra que, una mera relación comercial en donde una de las empresas se beneficiaba de la materia prima que era producida por la otra. Respecto al pago del cálculo actuarial indicó que no puede imponerse cargas excesivas al empleador, por lo cual, lo indicado hubiere sido, que se ordenara solo el pago de las semanas que le hicieran

falta a la trabajadora para cumplir su derecho pensional, pues el fin último de estos pagos de acuerdo a la sentencia SL 1161 de 2020 es que el afiliado no vea nugatorio su derecho. Sobre la forma en que se ordenó la liquidación del cálculo actuarial, consideró que evidentemente no puede ser más gravoso para el empleador cuando no se tenía la obligación de cotizar. Indicó que la formula dada en el Decreto 1887 de 1994 y no la sentencia de unificación de la Corte Constitucional que solo impone la corrección monetaria, es una laguna jurídica que impone toda la carga en cabeza del empleador.

Consecuente a estos argumentos petitionó se revoque la declaratoria de unidad de empresa, y de no ser así se revoquen los periodos en los cuales se ordenó el pago del cálculo actuarial y solo se ordene el pago de las semanas que se considere le hagan falta a la demandante para causar su prestación por vejez bajo la normativa que la Sala considere, y se revoque la forma en que se ordenó la realización del cálculo actuarial, para que se ordene su elaboración con base a la fórmula de indexación ordinaria. Por último, solicitó se revoque la orden de pago de los periodos entre octubre de 1997 y diciembre de 1998, pues no fue deprecado por la parte demandante y no se debatió en el proceso.

Colpensiones, interpuso su recurso, bajo el entendido que, si bien para la declaratoria de la ineficacia se siguieron los lineamientos jurisprudenciales, este caso es diferente, pues en el caso de la demandante, la afiliación se dio de manera inicial, pues la relación laboral que se declaró de manera previa se desconocía por la AFP sin que se pudiera prever la permanencia a un régimen anterior. En caso que se estime que era procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, solicita se autoricen los descuentos en salud, y se ordene la devolución también se dé con los gastos de administración, las primas de seguros y los aportes de garantías de pensión mínima debidamente indexado.

Porvenir, interpuso recurso de alza sobre la orden de devolver las cuotas de administración y las primas de re aseguro, peticionando la revocatoria de este punto, pues si la demandante se hubiere encontrado afiliada en Colpensiones, allí también se hubiere generado la obligación de pago, y corresponden a la retribución

de la gestión realizada por el fondo no para sufragar el pago de la pensión, como Colpensiones nunca realizó la administración de la cuenta no hay lugar a que le sea remitido tales valores que serán entregados con los rendimientos financiero. Sobre las deducciones de primas de reaseguro, estas se hicieron para beneficio de la misma afiliada y se hubieren deducido también en Colpensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El Ministerio de Hacienda y Crédito Publico indicó que la señora Beatriz Elena Pérez Piedrahita no cuenta con ningún reporte en el sistema de historia laboral ISS, ni tampoco con alguna entidad sin cotizaciones al ISS o caja del orden nacional o territorial, por lo cual, no tiene en la actualidad derecho alguno a bono pensional y niega por ende la posibilidad de emitir a favor de esta suma alguna. En atención a lo anterior, peticiona se mantenga incólume la sentencia que le absuelve.

Porvenir SA, explicó que no obra en el proceso prueba fehaciente que respalde los dichos de la demandante sobre la ausencia de información al momento de efectuar la afiliación que realizó suscribiendo formulario de afiliación, por lo cual, el acto realizado goza de plena validez, y fue producto de la voluntad de los contratantes. Sobre la devolución de los aportes y en específico el reintegro de las cuotas de administración, explicó que, si lo que se pretende es buscar la compensación de aportes entre el RAIS y el RPM, se atiende a dicho interrogante con el traslado en unidades de los aportes realizados atendiendo a la rentabilidad acumulada y compensándose así las semanas sin que para el fondo común del RPM exista detrimento para sufragar las prestaciones debido a que los rendimientos tienen la tendencia a ser superiores al 50% o 100% el capital acumulado en la CAI, contrario cuando se trata del traslado de aportes provenientes del RPM en la medida que la devolución realmente se efectúa por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez de COLPENSIONES, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos, esto quiere decir que, la equivalencia no atiende a tasas variables que aumentan el capital gracias a los

rendimientos, sino a una tasa regular por las reservas que COLPENSIONES tiene para el pago de las pensiones, o a la tasa regular determinada por la Superintendencia Financiera. Así mismo, indicó, que tener en cuenta el criterio de la sentencia 31.989 de 2008 no viene al caso, puesto que, la allí invocada tuvo patrones fácticos diferentes. Por lo tanto, solicita la revocatoria del punto de apelación alegado.

El apoderado de la parte accionada, indicó que la sentencia proferida por el a quo se encuentra ajustada a derecho, pues los recursos interpuestos a su parecer, versaron solo sobre el retroactivo pensional, y la declaratoria de unidad de empresa. Puso en conocimiento las sentencias proferidas en los radicados 022-2018-0039 y 014-2017-0939 en los cuales se resolvió positivamente lo pretendido.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de esta segunda instancia, en atención al grado de consulta y los recursos interpuestos, consistirá en establecer si entre Fabricato SA y Divisa SAS, existe solidaridad en el pago de aportes al sistema general de pensiones, bajo la figura de unidad de empresa, es decir, si Fabricato S.A. está en la obligación de pagar el título pensional a favor de la demandante y, por tanto, para todos los efectos su afiliación debió ser de manera primigenia a Colpensiones.

La Sala establecerá si la afiliación de la demandante a Porvenir SA es ineficaz, por haberse incumplido por parte de dicha entidad el deber de información y si es posible entender que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. La manera en que dicho traslado debe realizarse de acuerdo a las apelaciones interpuestas, y si la demandante cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez de la manera descrita.

CONSIDERACIONES

Primeramente, ha de precisarse que, la declaratoria de la relación laboral no fue objeto de recurso alguno, por tanto, se encuentra incólume, en los extremos dados

por el *a quo*, ello es, entre el 2 de enero de 1980 y el 30 de mayo del año 2012.

Igualmente, no hay duda sobre los siguientes puntos:

La demandante nació el 30 de septiembre del año 1958, conforme copia de la cédula aportada folio 65 pdf 02.

Suscribió formulario de afiliación a Porvenir, haciéndose efectivo desde el 14 de junio del año 1994, folio 693 pdf 02 pantallazo SIAFP, donde claramente se evidencia que no estaba afiliada de manera anterior a fondo alguno.

Toda vez que son varios los temas a tratar en esta providencia, considera pertinente la Sala resolverlos de manera separada, así:

- **Unidad de empresa.**

Declaró el *a quo* la unidad de empresa entre Fabricato SA y Diversificación Industrial San Pedro SA, Divisa SA.

El artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 32 de la Ley 50/90, define la figura de UNIDAD DE EMPRESA:

“Definición de empresa. 1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del ministerio o del juez del trabajo.

3. No obstante lo anterior, cuando una empresa establezca una nueva unidad de producción, planta o factoría para desarrollar actividades similares, conexas o complementarias del objeto social de las mismas, en función de fines tales como la descentralización industrial, las exportaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, solo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y estas, después de un plazo de gracia de diez (10) años de funcionamiento de las mismas. Para gozar de este beneficio el empleador requiere concepto previo y favorable del Ministerio de Desarrollo Económico.

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a solicitud de parte y previa investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa, de que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente”

La Sala de Casación Laboral, en sentencia del 16 dic. 2009, rad. 32212, rememoró:

«La unidad de empresa, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, consiste en el “reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas. La sentencia que declare la unidad de empresa vincula no solo a la sociedad que el demandante considere como matriz, sino que también a las que aparezcan como filiales de aquella para la procedencia de declaratoria de unidad de empresa y poder predicarla respecto de varias personas jurídicas, es menester establecer la **interrelación económica** que se presenta entre las implicadas para los efectos vinculantes conforme a la ley” (Sentencia de 21 de abril de 1994, radicación No. 6047)».

Igualmente, en providencia SL 109 de 2018 se explicó por parte de la Sala Laboral lo siguiente:

“La unidad de empresa se encuentra regulada en el artículo 194 del CST subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990 y para su existencia se debe acreditar el predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales o subsidiarias, así como la ejecución de actividades económicas similares, conexas o complementarias.

En relación con el predominio económico que debe demostrarse en el proceso, esta Corte ha indicado que no se trata simplemente de un control societario sino de una interrelación de carácter económico y participación accionaria de la sociedad principal o matriz sobre las filiales o subsidiarias.

(...)

Con fundamento en lo anterior, quien pretenda la declaratoria de unidad de empresa debe ocuparse de demostrar que la subordinación de las sociedades filiales respecto de la principal, se deriva de un predominio del capital, que se evidencia en la participación accionaria y en el control financiero y administrativo entre las sociedades. Además, también se debe demostrar la ejecución de actividades similares, conexas o complementarias.”

En el certificado de existencia y representación legal de Fabricato, puede establecerse respecto a la situación de control lo siguiente:

044818 12 DIVERSIFICACION INDUSTRIAL DE SAN PEDRO S.A.S (DIVISA S.A.S.)
DOMICILIO: SAN PEDRO DE LOS MILAGROS - COLOMBIANA
Subordinada
PRESUPUESTO: ARTICULO 261-NUMERAL 1 DEL CODIGO DE COMERCIO.
ACTIVIDAD: LA FABRICACIÓN Y EL MERCADEO DE MATERIALES TEXTILES DE CONFECCIONES Y DE IMPLEMENTOS DEPORTIVOS
CONFIGURACION: DOCUMENTO PRIVADO DE AGOSTO 13 DE 1996
DATOS INSCRIPCION: Libro 9 Nro. 7006 1996/08/13

En efecto, la empleadora Divisa S.A.S. se encontraba bajo el mando y subordinación de Fabricato SA de la manera descrita en el artículo 260 del Código de Comercio que indica:

Una sociedad subordinada será controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.”

Por su parte, el artículo 261 del mismo texto normativo, respecto a las Presunciones de subordinación indica:

“Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

- 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.*
 - 2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.*
 - 3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.*
- (...)”*

Ahora, si bien las constancias de pruebas visuales del año 1992 no corresponden a la demandante como bien lo indicó el apelante, si corresponden a la testigo que compareció al proceso a dar fe de la existencia de la relación laboral en calidad de compañera de la demandante, por lo tanto, dicho documento arroja idéntica conclusión, que, en efecto, FABRICATO S.A. fue matriz y controlante financiera de la ex empleadora de la demandante, DIVISA S.A.S., sociedad que se encuentra liquidada desde el 22 de abril de 2016, generándose la figura de la unidad de empresa.

Igualmente se recibió las siguientes declaraciones en la audiencia del artículo 80 del CPT Y SS:

Romelia Muñoz de Patiño: Expuso que, trabajó con la demandante en la empresa DIVISA SA sucursal de Fabricato Medellín, que la actora trabajó de manera continua e ininterrumpida, solo teniendo algunas incapacidades por salud, explicó que inició labores desde el año 1988 y que al mucho tiempo fue visitada en la empresa por Porvenir quien la afilió al sistema pensional. La materia prima para el desempeño de las funciones era dada por Fabricato SA, devengaban el salario mínimo y confeccionaban pijamas, camisetas y ropa interior masculina. Las telas con las que se fabricaban los elementos llegaban en furgones, y cada tela venía

marcada con el nombre de Fabricato, así como también estaban marcados los vehículos que las transportaban. Todo ello se empacaba en cajas de cartón, marcadas también con el logo de Fabricato. Las órdenes las daba el Doctor Correa, quien era el jefe de Fabricato y la jefa de calidad era de Medellín que subía de Fabricato todos los días en una camioneta a verificar las labores realizadas. El pago de las prestaciones sociales era muy correcto y muy cumplido. Fabricato siempre hizo cada seis u ocho meses exámenes de salud, mamografías, exámenes de ojos y demás, para lo cual, se inscribían con el personal de Fabricato, quien además les realizaba fiestas cada año. Explicó que varias compañeras fueron pensionadas de cuenta de Fabricato SA. Aclaró que sabía que los exámenes médicos eran realizados por Fabricato porque así decía en los documentos que los ordenaban.

Romelia del Carmen Jaramillo Muñoz: Comentó que conoció a la demandante desde 1980 que entró a la empresa, pues para ese momento ella ya estaba trabajando allí. Explicó que cuando entró tenía un jefe el señor José Roberto, y en la empresa confeccionaban ropa deportiva, camisetas, pijamas, de hogar e interior masculina. Todo lo que llegaba era de Fabricato y ellas confeccionaban y de ahí la ropa salía al comercio. Indicó que la demandante trabajó de manera ininterrumpida, con algunas incapacidades por salud. Indicó que tenía vacaciones colectivas y que el pago de prestaciones sociales era muy cumplido por parte de su empleador Divisa Fabricato. El contrato se firmaba con Divisa- Fabricato, para quien siempre trabajaron, y de dicha empresa era las cajas, las telas todo debidamente marcado. Explicó que la supervisora viajaba desde Fabricato en camioneta todos los días a ejercer la supervisión. Narró que en el último tiempo hubo algunas confecciones para “El éxito” y “Tennis”.

Estos testimonios, evaluados con los parámetros dados en la sentencia SU 129 de 2021 otorgan pleno convencimiento judicial sobre las razones de sus dichos, y dejar ver a la Sala la clara situación de control ejercida por Fabricato sobre Divisa SA, sin que hubiere sido necesario que las testigos fueren parte del área administrativa de la empresa como lo indica el apelante, pues nótese como ambas expusieron que los jefes de calidad subían desde Medellín a valorar lo realizado, y Fabricato realizó exámenes médicos con periodicidad desde el ingreso de labores.

Es, así, como los periodos laborados, de los que no se tienen cotizaciones al Sistema General de Pensiones por parte de la señora Beatriz Elena Piedrahita son responsabilidad de Fabricato SA.

- **Obligación de pago, - cálculo actuarial / titulo**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir de la expedición de sentencia SL 9856 de 2014, abandonó la tesis en la que se predicaba una inmunidad total del empleador ante la falta de aportes por ausencia de cobertura territorial del ISS, para dar paso a una nueva postura, en la que sí tiene responsabilidad desde el punto de vista financiero por el tiempo en el cual el asalariado le brindó su fuerza de trabajo.

En la providencia aludida, estimó la Corte que, ante la omisión legislativa, no resultaba razonable cargarle las consecuencias a la parte débil de la relación laboral; de suerte que *“el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes”*. Este criterio se ha mantenido invariable y ha sido sostenido, entre otras, en las sentencias SL-14388 de 2015, SL-2138 de 2016, SL-18398 de 2017, SL-361-de 2018, SL-287 de 2018, SL-1358 de 2018, SL-1342 de 2019 y SL-1356 de 2019. En esta última, reiterada en la sentencia SL-244 de 2023, se consideró:

“...Con ese objeto, conviene señalar que, a partir del año 2014, la jurisprudencia de esta Sala dejó de lado la teoría que defiende la recurrente en sede del recurso extraordinario. En efecto, desde la sentencia CSJ SL 41745, 16 jul. 2014, la postura que adoptó esta Corporación, es que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones, subsisten aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia.

Ello implica que, en los periodos no cotizados por falta de cobertura, son ellos –los empleadores- quienes asumen a través de un cálculo actuarial las contingencias que se

originan en la vejez, invalidez o muerte, de tal forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones que se encuentran a cargo del ISS hoy Colpensiones.

Esta tesis se reiteró recientemente en la sentencia CSJ SL 5535-2018, en la que se enseñó:

En efecto, desde hace más de dos décadas (CSJ SL, 8453 de 1996) y desde entonces hasta el 2014, la Corte fluctuó entre dos criterios; uno, según el cual el empleador no es responsable de la ausencia de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no alcanzó una zona del territorio nacional y, otro, que en oposición, considera que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, a través del pago del valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas.

Sin embargo, en el 2014, la Corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL 9856-2014 y CSJ SL 17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador, en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.

Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala, por mayoría, estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.

Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL9856-2014, luego reiterada en sentencia CSJ SL10122-2017, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del

empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y (iii) que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social...».

La Corporación mencionada en la sentencia SL -244 de 2023, reitera lo expuesto en las sentencias SL -3506 de 2019, SL -069 de 2018 y SL -1358 de 2018, donde se sostuvo que:

*“...la Corte ya ha determinado que en desarrollo de reglas tales como las establecidas en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9.º de la Ley 797 de 2003, y de principios de la seguridad social como los de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia, **todas las hipótesis de omisión en la afiliación, sea cual sea la razón a la que obedezcan, deben encontrar una solución común, que consiste en que las entidades de seguridad social tengan en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda, por los tiempos omitidos, tal y como lo dedujo el Tribunal...**”*
(Negrillas fuera del texto original).

Conforme la jurisprudencia citada el empleador está en la obligación de sufragar el valor del cálculo actuarial a la entidad de seguridad social, por aquellos periodos en los que el trabajador le hubiere servido, **sin que importe si se había iniciado la cobertura de afiliación, a fin de contribuir con la conformación del capital necesario para el financiamiento de la prestación del trabajador.**

Conforme lo anterior, se tiene que los tiempos servidos no cotizados por falta de cobertura, deben reconocerse a través de un cálculo actuarial, así se itera en la sentencia SL-2465 de 2021, “...corresponde al empleador efectuar el pago de la totalidad del cálculo actuarial por falta de afiliación, teniendo en cuenta que el mismo difiere sustancialmente de las simples cotizaciones o aportes indexados o con intereses moratorios, como si se tratara de periodos en mora de pago, pues representa la proporción de capital necesario para sufragar la

pensión, con relación al tiempo de servicios en el que el empleador fue el único responsable de la prestación...”.

Así las cosas, una vez demostrada la relación laboral con DIVISA S.A.S. y la responsabilidad solidaria de FABRICATO S.A. en las obligaciones laborales, al probarse la unidad de empresa y verificada la omisión del empleador a la hora de efectuar los aportes correspondientes derivados de la actividad laboral desarrollada para su trabajadora, surge para éste último el derecho al pago del título pensional y/o cálculo que se ha entendido como aquel que están obligados a trasladar las empresas o empleadores del sector privado que hubieren omitido la afiliación de sus trabajadores al Sistema General de Pensiones con la finalidad de financiar las prestaciones reconocidas en este Sistema.

- **Liquidación del Cálculo actuarial o título pensional:**

El párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, consagra que es el empleador o la caja quien debe trasladar, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente, representada en un bono o título pensional, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de tales sumas.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias SL 2584 de 2020, SL 673 de 2021, reiteradas en la sentencia SL 244 de 2023, dijo:

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

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias

consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.

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

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

Y en la sentencia SL 672 de 2023, el Alto Tribunal replicó lo expuesto en la sentencia SL 1579 de 2022, en la cual se precisó:

“...Indicó la Sala en un caso similar al que aquí se analiza, fungiendo como pasiva la misma sociedad demandada, en sentencia CSJ SL 673-2021, lo siguiente:

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

Si las pensiones cuyo reconocimiento y pago estaba a cargo de los empleadores fueron

entendidas como una prestación que hacía parte de la retribución por el servicio prestado por el trabajador o se consideraban como un salario diferido, no se encuentra ninguna razón válida para que en la misma situación el trabajador asuma una obligación que estaba exclusivamente a cargo del empleador, menos, aceptar que por ello se configura un enriquecimiento sin causa por parte del trabajador. No puede olvidarse que el cálculo actuarial no es una dadiva del empleador, sino fruto de la prestación de servicios al empleador.

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

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

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

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

En efecto, la referida disposición dispone «En los casos previstos en los literales b), c), d) y

e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional...”.

En torno a las manifestaciones dadas en el recurso de alzada por el apoderado de Fabricato SA, en sus alegatos de conclusión, es preciso indicar que el artículo 7 del Decreto 1887 de 1994, reglamentario del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, regula expresamente los intereses que generan los mencionados títulos pensionales así:

ARTICULO 7o. INTERES DEL TITULO PENSIONAL. <Artículo compilado en el artículo 2.2.4.4.8 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> El título pensional devengará a cargo del empleador un interés equivalente al DTF Pensional, desde la fecha de su expedición hasta la fecha de su redención. Para estos efectos, el DTF Pensional se define, como la tasa de interés efectiva anual, de conformidad con correspondiente al interés compuesto de la inflación representada por el IPC, adicionado en tres punto porcentuales anuales efectivos.

Dichos intereses se capitalizarán al final de cada ejercicio anual calendario, con la tasa de interés equivalente al DTF Pensional del respectivo año. Si al momento de capitalizar los intereses correspondientes al primer ejercicio, el período transcurrido desde la expedición es inferior a un año, la tasa de interés equivalente al DTF Pensional se aplicará por el período correspondiente.

En el último año de vigencia del título, se aplicará la tasa de interés equivalente al DTF Pensional que rija en ese año, durante el tiempo transcurrido entre el primer día de dicho ejercicio y la fecha de redención del bono.

El DTF Pensional se calculará de conformidad con la siguiente fórmula:

DTF Pensional $0 (1 + INFf/100) \times (1 \times 0.03)$.

Donde:

INFf = Variación anual del Índice de Precios al Consumidor calculado por el DANE correspondiente al año calendario inmediatamente anterior.

En caso de incumplimiento del pago del título pensional se pagará un interés moratorio

equivalente al doble del previsto en el presente artículo, sin exceder el límite establecido en la legislación comercial.

Este Decreto es reglamentario del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 parágrafo 1, inciso 2) que refiere:

“En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en cálculo actuarial, la suma correspondiente al trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado en un bono o título pensional”, y claramente el presupuesto aquí estudiado se enmarca en el literal e).

El sólido precedente desarrollado por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral parte de la obligación legal de la Ley 90 de 1946 de disponer las reservas para predicar la subrogación total, contexto en el cual, tampoco puede predicarse que se ordene el pago sólo de las semanas que le hicieren falta a la demandante para adquirir su derecho; por las siguientes razones:

En el régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por Porvenir SA, la totalidad de los dineros materializados en aportes que son la fuente principal de financiación de la prestación, y no se imputan únicamente a semanas cotizadas.

En el régimen de prima media con prestación definida, los aportes de cada afiliado entran a subsidiar las prestaciones de otros como un sistema dinámico y común, motivo por el cual no ordenar el ingreso de las semanas totales de la demandante, sería atentar contra la financiación del sistema.

Así las cosas, acogiendo esta Sala de decisión los argumentos del máximo órgano de cierre de esta especialidad, se deberá ordenar el pago del cálculo y / o título actuarial por todo el tiempo.

Sobre los aportes entre octubre del 1997 y el 30 de diciembre del 1998 y que fueron objeto de reparo por la censura, y que no fueron solicitados en el libelo genitor, ni tampoco objeto de la fijación del litigio, pero que, si fueron ordenados en

sentencia, situación recurrida por el apoderado de la parte accionada Fabricato SA, debe indicarse, que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, hoy 281 del Código General del Proceso, aplicable al proceso laboral por remisión del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, establece que los fallos de primera y segunda instancia deben guardar coherencia entre el contenido del fondo de la relación jurídico procesal, de los hechos y las peticiones de la demanda, de su contestación y de las excepciones formuladas, así como de lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, con lo resuelto por el juzgador.

Igualmente es preciso indicar que en sentencia CSJ SL 911 -2016, la Corte explicó:

“ Es así que esta Sala de la Corte, de antaño ha señalado que es base esencial del debido proceso laboral, que las sentencias se enmarquen dentro de la causa petendi invocada por el promotor del proceso. Si es el fallador de segundo grado quien desborda ese estricto límite y resuelve ex novo -sobre pretensiones que no fueron debatidas en las instancias-, también incurriría en un quebranto de dicho principio y si la transgresión a tal institución es determinante y afecta el derecho de defensa de una de las partes involucradas en el proceso, tal decisión será susceptible de cuestionamiento en el recurso extraordinario de casación, porque a través de la violación medio de la disposición procesal referida, se reconoce un derecho sustancial, mediante el quebranto de los presupuestos constitucionales y legales del debido proceso. “

Es claro que en el proceso promovido por la señora Beatriz Elena Piedrahita se solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez, situación que indudablemente facultaba al juzgador para revisar toda la historia laboral de la trabajadora, y al solicitarse aquí el pago del cálculo actuarial petitionado por los tiempos en que no obra pago del empleador, si era absolutamente procedente por el *a quo* ordenar el pago de los periodos faltantes de pago inmersos en la relación laboral declarada.

- **Ineficacia Afiliación a Porvenir.**

Hay que resaltar en este proceso, que en atención a que la señora Beatriz Elena Piedrahita no contaba con afiliación alguna por omisión de su empleador, no se

trata de una ineficacia por un **traslado** desde el régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS - al régimen de prima media con prestación definida – RPMPD de la manera en que ha sido definido de manera pacífica por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sino, del retorno de la demandante a Colpensiones, único fondo existente (ISS) para el momento en que unió su fuerza laboral la demandante.

El caso clásico del traslado de régimen, el cual ha sido profusamente desarrollado por nuestra jurisprudencia ordinaria laboral, se ha caracterizado porque, en general, los asesores o promotores de los Fondos Privados de pensiones despliegan una conducta pro activa en la búsqueda de nuevos clientes, en cuyo ejercicio invitan e intentan convencer a las personas afiliadas al RPMPD de Colpensiones, para que migren al RAIS administrado por los distintos fondos privados. Y ha sido allí, en las falencias que presentan las informaciones que sobre el sistema se les prodiga a los afiliados, donde se ha sustentado la ineficacia del traslado. Formas estas que no siempre se suceden en los casos de la primera afiliación al sistema pensional, a menos que se demuestre lo contrario.

Como distintas son las consecuencias de la ineficacia, pues es de la esencia de esta figura que las cosas vuelvan a su estado inicial, como si el acto declarado ineficaz nunca se hubiere producido. Se traduce lo anterior en que, en el evento de la ineficacia del traslado, el afiliado retorna sencillamente a la misma entidad a la cual se hallaba vinculado antes del acto del traslado, esto es, a Colpensiones o a cualquier otro Fondo Público en el que viniera afiliado, pero en igual sentido cuando no existe entidad alguna a la cual se entienda previamente afiliada la persona, se prevé por la ley la ineficacia, concretamente el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que establece:

“...Artículo 271. 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 se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de

Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. (...)

La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador...” (subrayas y negrilla de la Sala)

En el caso bajo estudio, la demandante indicó que, pese a sus condiciones especiales, su edad y al ser beneficiaria del régimen de transición, no se le informó por parte del fondo privado, que perdería la posibilidad de acceder a ello, deber de información que no fue probado en el proceso por parte del fondo Privado, pues más allá de allegarse el formulario suscrito por la demandante y el pantallazo del SIAFP no se aportó documental adicional.

Siendo así, la norma previó fue la posibilidad de que desde el acto de afiliación o selección de la entidad a la cual desee vincularse el trabajador (a), pueda verse afectado por acciones del empleador, o en general de cualquier persona natural o jurídica, que impidan o atenten en cualquier forma contra su derecho de libre elección o selección. Norma expresa en este sentido, aún por encima de los **traslados** de régimen que ha aplicado la jurisprudencia del trabajo.

Según se desprende de los fundamentos fácticos de la acción, se duele la parte actora de la omisión por parte de Porvenir, del deber de información, por tanto, se hace necesario abordar bajo tal óptica la situación afiliación llevado a cabo el 14 de junio de 1994. (folio 694 pdf 2).

Respecto a la información que deben brindar los fondos de pensiones a quienes pretenden captar como sus afiliados, es importante tener en cuenta que el mismo no tiene como fuente primigenia la llamada ley de doble asesoría 1748 del 2014, con su Decreto Reglamentario 2071 de 2015, pues dicha obligación existe desde el estatuto orgánico del sistema financiero, Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, al igual que el Decreto 720 de 1994 en sus artículos 10 y 12, que determina que la información suministrada debe ser suficiente, amplia y oportuna, trasladando

además las responsabilidades del asesor de los fondos pensionales a las entidades que representan.

Ahora bien, es importante precisar que, al tratarse de la multicitada figura de la *ineficacia*, esta, no es susceptible de saneamiento, a más que lo que se pretende es dejar sin efectos la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, el acto jurídico realizado por la asegurada el 14 de junio de 1994 ante Porvenir SA, por tanto, el análisis debe centrarse exclusivamente al cumplimiento o no del deber de información al momento de suscripción del formulario que reposa en folio 692 del pdf 02, lo cual tiene su sustento en la sentencia SL 1688 de 2019, que como su referente lo indica proviene de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

El análisis del tema pensional, bajo la perspectiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es un tema complejo, pues refiere múltiples aspectos y variables como lo son la forma de liquidación de las prestaciones en el caso que el afiliado tenga o no beneficiarios, los capitales requeridos para pensión ordinaria o anticipada, las condiciones de la garantía de pensión mínima, las modalidades de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, la forma en general como se financia la prestación, la incidencia de las fluctuaciones de los mercados en cada cuenta de ahorro individual, y en general, en principio, más que un comparativo de los montos pensionales su diferentes aspectos de un régimen frente al otro, situaciones estas básicas que son comprendidas dentro de los mandatos del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 que disponía para el momento la afiliación de la actora: “Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicios claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado” y, por su parte, el Decreto 720 de 1994 en su artículo 12, cuyo texto preceptúa: “...Obligación de los promotores. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las

prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado...”, por lo que la Honorable Corte Suprema de Justicia delimitó como un primer momento frente al deber de información.

Dado el anterior precedente, es claro para la Sala de Decisión, que a la aquí demandante no se le suministró la información de la forma que ha determinado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional, o al menos no obra como una verdad procesal, pues la única referencia que se tiene al respecto es lo narrado por la actora en el interrogatorio de parte, donde advierte que la afiliación se dio por la simple suscripción del formulario sin explicación alguna.

Ahora, al contestarse la demanda por parte de la AFP, argumentó que se encontraba frente a la primera afiliación de la demandante, empero, ello no la exime de la obligación de informar de manera suficiente al usuario del producto que se encuentra bajo su responsabilidad y oferta.

Para definir lo anterior, se hace imperioso determinar a quién corresponde la carga de la prueba de la omisión total o parcial al deber de información al momento de la afiliación, y en dicho sentido la Sala acoge el precedente reiterado de la inversión de la carga de la prueba, con fundamento en las Sentencias SL 1.452 y SL 1.688 de 2019 donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explicó, que en los procesos en los cuales se controvierte la eficacia del traslado entre regímenes pensionales, en este caso primera afiliación, la demostración del consentimiento informado es el que tiene la virtud de generar la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez; *“...si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó...”*.

Según la Corporación mencionada, la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia *“...en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber*

recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento...”

Conforme al criterio expuesto, lo afirmado en un formulario de afiliación de régimen pensional acerca de la selección libre y voluntaria de régimen por parte de un afiliado, no puede calificarse como tal si éste no recibe información veraz, oportuna, clara, comprensible y completa sobre los alcances de dicha decisión, ni la respetiva afiliación se convalida en fecha posterior con la simple firma de otro formato o con la sola presentación de un cálculo actuarial, considerando el cambio sensible que ese acto jurídico genera en el derecho pensional de los afiliados al sistema, y considerando que el acto del cual se estudia la ineficacia es el de la afiliación al régimen.

Además, el deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones no es un privilegio de quienes se benefician del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (véase sentencias SL 19447 de 2017 y SL 1452 de 2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia), porque el ordenamiento constitucional y legal colombiano no hace esa distinción, a más que las razones expuestas por la Corte Suprema de Justicia tienen aplicabilidad tanto para beneficiarios como no del régimen de transición.

Por ende, así tenga la constancia que su suscripción y elección ha sido libre y voluntaria, de modo alguno suple el deber de información que tenía a su cargo el Fondo Privado, pues a Juicio de la Sala allí no consta que la información entregada al ciudadano cumpla con los mandatos legales contenidas en los Decretos 663 de 1994, artículo 97, y 720 de 1994, en su artículo 12.

A juicio de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, *“...no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión*

adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición...” (Sentencias SL 19.447 de 2017 y SL 1.452 y SL 1.688 de 2019), lo que significa que la firma del formulario no es suficiente para agotar el deber de información a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones que pretende captar un afiliado.

En el presente caso, no existe ningún rasgo probatorio que permita tener por acreditado que el fondo privado le prestó a la demandante una asesoría integral, oportuna, apropiada y adecuada a sus circunstancias personales, como, en términos generales pero insistentes, lo alega en la contestación de la demanda. No hay forma de establecer que a la demandante se le hubieren explicado los contenidos de cada uno de los regímenes pensionales, de tal manera que pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas y así tomar una decisión informada sobre a cuál adherirse.

En consecuencia, en este puntual aspecto se confirmará la decisión adoptada en primera instancia, considerándose que la señora Beatriz Elena Piedrahita se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones.

Es de advertir que, con esta posición, se recoge por la mayoría de los integrantes de esta Sala de Decisión, cualquier decisión contraria que en casos análogos se hubiere acogido en el pasado, puesto que estudiado de nuevo el problema jurídico y por las razones expuestas, encontramos argumentos valederos para admitir las pretensiones de la demanda. Postura adoptada a partir de los procesos con radicación 05001310500420190028301 y 05001310500520200029001, con ponencia del magistrado JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ.

Lo anterior por cuanto no solo el ya citado artículo 271 de la Ley 100 de 1993 así lo permite, según el análisis que del mismo se hizo con anterioridad, sino que también el artículo 13 literal b) de la citada ley lo posibilita en los siguientes términos:

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

En la sentencia 4803-2021 radicado 88879 del 20 de octubre de 2021, la Corte Suprema en su Sala Laboral hace las siguientes observaciones, que se acompasan con el tema que aquí se trata:

*“...La sentencia CSJ SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde el comienzo mismo del funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las Administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados **y a quienes potencialmente puedan serlo**, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto. (Destaca esta Sala)*

(...)

“Por ello se ha sostenido que existe toda una batería normativa de carácter especial que reguló la materia en cuanto a la afiliación en seguridad social en pensiones, y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP que debe precederla, lo cual concatena, además, con el argumento ya pacífico en la Sala, de que en estos casos hay inversión de la carga de la prueba, en favor del afiliado, como se explicó, entre otras, en la misma providencia que se viene citando:

“En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió

voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo...”

Ahora, la apoderada de Porvenir S.A. no comparte la orden de devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales. Al respecto, se precisa que las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, conllevan que se impongan las restituciones, las cuales implican el traslado de la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos generados por éstos en el Fondo Privado, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, los cuales deben asumir la AFP con cargo a sus propios recursos, por los periodos durante los cuales la accionante permaneció afiliada a dicho Fondo Privado, a la administradora cuya afiliación es válida (Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 2004, y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias SL 4.964 de 2018, SL 4.989 de 2018, SL 1.421 de 2019 y SL 1.688 de 2019).

A criterio de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la administradora debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido en razón de la afiliación, “...como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado...”. En tanto que “...al haber sido una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C...” (Sentencia de 8 de septiembre de 2008, Radicado 31.989), postura esta que justifica la orden de devolución no solo de las cuotas de administración, sino además de las sumas que hayan sido destinadas al pago de los seguros

previsionales, así como se indica estos hayan sido entregados por la AFP a una aseguradora, evento en el cual debe ser asumido su reintegro por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones.

Es importante, precisar como la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, en la sentencia SL 2877-2020, radicación 78667 del 20 de julio, se refirió reciente y puntualmente al tema de las cuotas de administración, al siguiente tenor:

“...De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub-lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de aborro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional...”.

Finalmente, no desconoce la Sala la tesis según la cual, cuando de la primera afiliación se trata, no es factible acudir a la ficción legal construida en materia de ineficacia del traslado pues no existiría una afiliación previa a otro régimen al cual se le pudiesen remitir las cotizaciones y montos determinados (Sentencia SL 4211 de 2021, Radicado 85164), pues, no se trata aquí de disponer el retorno o devolución de los recursos a Colpensiones, donde ciertamente la demandante nunca estuvo afiliada, sino de disponer la transferencia de los mismos con base en el poder jurídico que a ella le otorga el ya varias veces citado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que al dejarse sin efectos la afiliación inicial, el afiliado podrá realizarla de nuevo en forma libre y espontánea.

Lo anterior deja claro, que el hecho de la gestión y administración de los recursos, no es eximente de la devolución de la totalidad de recursos que haya recibido en virtud de la afiliación que se declara ineficaz, tratándose de gastos de administración, pues el Fondo privado debe entregar a Colpensiones la totalidad de sumas recibidas por la afiliación ineficaz sin deterioro alguno, como quedó anotado en precedentes.

En consecuencia, se confirmará en este aspecto la providencia.

En el sentido antes mencionado, esta Sala de Decisión, acoge la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en lo relacionado con los reintegros que tendrá que hacer la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con destino a Colpensiones una vez declarada la ineficacia, pues las equivalencias ente uno y otro régimen no tiene por qué asumirla un afiliado frente al cual se han realizado cotizaciones en la forma dispuesta por ley, y de modo alguno puede trasladársele el detrimento en sus cotizaciones bien sea por el transcurso del tiempo, ora por deducción por concepto de cuotas de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y/o seguros previsionales, los cuales por lo antes expuesto debe asumirla la administradora del RAIS con cargo a su propio patrimonio. Tampoco es procedente que sea el administrador, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, quien asuma los deterioros por cualquier causa de las cotizaciones de los afiliados, pues la ineficacia se causa por la conducta de la AFP privada, dada la omisión del deber de información que le incumbe.

Sumado a lo anterior, y tal como se solicitó por parte de Colpensiones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 2308, Radicado 81630 de 7 de julio, SL 2932, Radicado 71679 de 12 de agosto de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021 precisó que las Administradoras de Pensiones deben devolver a Colpensiones la totalidad de los conceptos objeto de restitución.

La restitución debe comprender los dineros de la cuenta pensional de la demandante con sus rendimiento y frutos; y los gastos de administración, dineros de deducidos para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales debidamente indexados, por el periodo en que el asegurado permaneció afiliado a dichas AFP, puesto que la devolución se debe corresponder con el 100% de lo recibido por el fondo, más rendimiento y frutos de los dineros de la cuenta de ahorro pensional.

Al respecto en la sentencia SL 3709 de 2021, la Corporación mencionada refirió que *“...como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones debidamente indexados 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; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima...”*.

Razón por la cual se deberá complementar la sentencia en este punto.

Pensión de vejez – pensión de invalidez.

Realizado por la parte demandante, de manera particular, se allego al plenario dictamen de pérdida de capacidad laboral página 531-36 del pdf 02, valoración realizada por el Laboratorio de Salud Pública, por el médico evaluador Jaime León Londoño Pimienta, quien el 20/11/2017 arribó a las siguientes conclusiones:

Diagnósticos:

- Diabetes melitus insulino requiriente con complicaciones múltiples.
- Hipotiroidismo no especificado.
- Enfermedad arterial oclusiva crónica.
- Amputación quinto dedo.

- Hipertensión arterial esencial.
- Cáncer de mama- mastectomía
- Depresión mayor
- Obesidad no especificada

Total: 58.51% estructurada el 23/05/2016, fecha de estructuración que fue reiterada por el profesional médico que además fue citado a la diligencia.

Empero, previo al estudio de dicha prestación, encuentra la Sala, que teniendo en cuenta los extremos temporales dados de la relación laboral declarada, el título y/o calculo pensional cuyo pago se ordena, entre el 2 de enero del 1980 y el 30 de mayo del año 1994, así como evidentemente la permanencia de las cotizaciones hasta el 30 de mayo del año 2012, se constata que la demandante cuenta con 1.678 semanas cotizadas.

Ahora, tal y como se indicó al inicio de esta providencia, la actora para la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 tenía 35 años pues nació el 30 de septiembre del año 1958, conforme copia de la cédula aportada folio 65 pdf 02.

En la Ley 100 de 1993, se estableció un periodo de transición en su artículo 36, en virtud del cual, un grupo de personas, en razón a su cercanía para adquirir el derecho a la pensión de vejez, se les conservarían algunas de las condiciones contempladas en el régimen anterior al que se encontraban afiliadas al entrar en vigencia el nuevo Sistema General de Pensiones.

Dicho artículo, dispuso que la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que tuvieran más de 15 años de servicios cotizados o 35 años mujer o 40 años hombre, a la fecha de entrada en vigencia el nuevo sistema pensional contenido en la ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, sería la establecida en el régimen anterior al que se encontraban afiliados, y toda vez que la demandante siempre laboró al sector privado, su normativa anterior sería el decreto 049 de 1990, accediendo la señora Piedrahita a tal beneficio a razón de la edad y cumpliendo con creces la densidad de semanas

requerida inclusive de manera anterior al cumplimiento de la edad mínima en el año 2008, como lo expuso el *a quo* , teniendo derecho al disfrute de la prestación desde el 1 de junio del año 2012.

La cuantía asignada a la prestación, se compadece con el IBC de la demandante en todo su haber laboral, folio 551-553 pdf 02.

De otra parte, en consulta de la sentencia en favor de COLPENSIONES, esta debe ser aclarada, en el sentido que conforme al mandato del Inciso 2 del literal e) del Numeral 2 del Art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el Art. 9 de la Ley 797 de 2003, y el Art. 17 del Decreto 1414 de 1997 (compilado en el Art. Artículo 2.2.4.4.6., del Decreto 1833 de 2016), la obligación de COLPENSIONES de tener en cuenta las semanas de aporte pensional que se condenó a pagar a la demandada FABRICATO S.A. sólo surge cuando COLPENSIONES haya recibido efectivamente a su satisfacción, el importe del cálculo actuarial, para lo cual, deberá la actora acudir al proceso ejecutivo, si el pago no se efectúa oportunamente, o incluso para lograr que COLPENSIONES, realice la liquidación del cálculo actuarial, como obligación de hacer.

Así las cosas, no es necesario el estudio de la procedencia de la pensión de invalidez, pues antes de causarse el estado invalidante de la demandante, concluyeron a su favor los requisitos de semanas y edad suficientes para acceder a la pensión por vejez.

Ahora bien, se debe ocupar la Sala del análisis de la excepción de mérito de prescripción, la cual fue alegada por las codemandadas.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que desde la existencia del Tribunal Supremo del Trabajo la jurisprudencia ha sostenido de manera invariable que el derecho a la pensión en sí mismo no prescribe, por ser una prestación social cuyo disfrute obedece al hecho de ser de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, empero prescriben las mesadas o los reajustes pensionales exigibles que no se hubiesen cobrado por su beneficiario dentro del lapso trienal previsto en el artículo 151 del

Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Sentencias de 18 de diciembre de 1954; y 18 de febrero de 2005, Radicado 21.378).

Adicionalmente, en la Sentencia SL 68.838 de 8 de mayo de 2019, la Sala de Casación Laboral explicó: **i)** que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional, en este caso afiliación o vinculación, es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar en cualquier tiempo un derecho pensional, o a mejorar su prestación; **ii)** que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que pretenden reivindicarse a través de su reconocimiento; **iii)** que los hechos o estados jurídicos no prescriben, “a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello”; y **iv)** que esta última tesis cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, porque la sentencia que la declara, en realidad lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas surgido con anterioridad al inicio de la Litis.

De lo anterior se concluye, entonces, que no ha operado plazo extintivo alguno frente a la acción que dio origen al proceso, y tampoco prospera la excepción de prescripción de la acción de nulidad del acto jurídico propuesta por las codemandadas, se reitera, por encontrarse en estudio el tema bajo los presupuestos de la ineficacia.

Respecto a las mesadas pensionales, sí opera el fenómeno prescriptivo ante la ausencia en la reclamación efectiva, y teniendo en cuenta que la demandante tan solo presentó solicitud ante Colpensiones para el mes de febrero del año 2017, folio 572 pdf 02, en atención a lo dispuesto en el artículo 151 del CPT y SS indefectiblemente se generó la extinción de las mesadas pensionales causadas con antelación al término trienal, lo que habrá de confirmarse.

Las demás excepciones propuestas quedaron implícitamente resueltas.

Ahora, de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización en salud que establece el Sistema General de Salud para los pensionados, está a cargo de éstos en un cien por ciento.

Dicho descuento es una consecuencia obligatoria derivada del reconocimiento de una pensión; y al concederse este derecho a través de una decisión judicial, el sentenciador debe autorizar su deducción al pagador de la prestación, por ser éste el llamado a hacer efectiva la deducción legal y trasladarla a la EPS seleccionada por el pensionado. Y aun cuando no sean debatidos en el proceso, se debe autorizar deducir del retroactivo pensional adeudado los aportes para el Régimen de Seguridad Social en Salud. (Sentencias de 3 de mayo de 2011 – Rad. 47.246; 21 de junio de 2011 – Rad. 48.003; 14 de febrero de 2012 – Rad. 47.378; y SL 3074-2015 de 18 de marzo de 2015 – Rad. 56769)

Por lo tanto, es procedente autorizar a Colpensiones a deducir del retroactivo adeudado para el descuento en salud.

Ante la desventura del recurso de apelación, las costas en esta instancia corren a favor de la parte demandante y a cargo de Fabricato SA y Porvenir en la suma total de \$1.160.000 para esta instancia.

Así las cosas, se confirmará la providencia que se revisa en apelación y consulta y se adicionará en el sentido de ordenar

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Adicionar la sentencia, ordenando a Porvenir remitir a Colpensiones la totalidad de los conceptos objeto de restitución, consistentes en lo recibido por cuotas administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima debe ser debidamente indexados, por el periodo en que la señora Beatriz Elena Piedrahita permaneció afiliada.

SEGUNDO: Adicionar la sentencia, en el sentido de indicar, que la obligación de COLPENSIONES de tener en cuenta las semanas de aporte pensional que se

condenó a pagar a la demandada FABRICATO S.A. sólo surge cuando COLPENSIONES haya recibido efectivamente a su satisfacción, el importe del cálculo actuarial, para lo cual, deberá la actora acudir al proceso ejecutivo, si el pago no se efectúa oportunamente, o incluso para lograr que COLPENSIONES, realice la liquidación del cálculo actuarial, como obligación de hacer.

Se autoriza a Colpensiones a efectuar del retroactivo adeudado los descuentos en salud.

TERCERO: Confirmar la providencia que se revisa en apelación y consulta.

CUARTO: Se fijan las agencias en derecho, en la suma total de \$1.160.000 para esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Fabricato SA y Porvenir SA.

Lo resuelto se notifica en **EDICTO**. Se ordena regresar el proceso al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

Con aclaración de voto



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Demandante: BEATRIZ ELENA PÉREZ PIEDRAHITA

Demandados: COLPENSIONES, FABRICATO S.A., PORVENIR S.A. y MHCP

Radicado: 050013105009201800042301

Medellín, dos (02) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

FRANCISCO ARANGO TORRES, magistrado de la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, presento **ACLARACIÓN DE VOTO** en la sentencia del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

Siempre he salvado voto, en las decisiones de al Sala, en los procesos que se declara la ineficacia de la primera afiliación de un trabajador al sistema pensional, toda vez que en estos casos considero que no es aplicable, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, sobre la ineficacia de traslado de régimen pensional, es decir, en aquellos eventos en que el trabajador se encontraba afiliado a un régimen pensional (usualmente el de prima media con prestación definida) y que por omisión o falta de información, los asesores promovieron el traslado a otro régimen pensional (usualmente el de ahorro individual con solidaridad), jurisprudencia que no puede ser aplicada cuando el trabajador no se encontraba previamente afiliada a ningún régimen pensional, toda vez que su primera afiliación la realiza en el RAIS, por lo que para que su afiliación pudiera estar afectada por nulidad o ineficacia, se requeriría que cualquier persona hubiera **impedido o atentado** contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen, no que no le hubiera suministrado asesoría para escoger uno u otro régimen pensional, pues en este caso no hay con qué otro compararlo al que ya hubiera estado afiliado el trabajador, del que tuviera una expectativa creada.

No obstante, en el presente asunto, se presenta a particularidad, que a pesar que la primera afiliación de la actora al régimen pensional fue en el RAIS a través de la

AFP PORVENIR S.A., por efecto de la condena a FABRICATO S.A., a pagar el cálculo actuarial por los aportes pensionales desde 1980, ello trae como consecuencia que la demandante, le nazca el derecho a que se le aplique el régimen pansinsal de prima media el ISS hoy COLPENSIONES, y por ello considero que es jurídicamente viable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. con regreso a COLPENSIONES.

En los anteriores términos dejo aclarado mi voto en la decisión de la Sala.

FRANCISCO ARANGO TORRES

Magistrado

Firmado Por:

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **3e2e2458d40256177c9bb2168e9e972320032f6bc7b06a9ad2ce93a5f90b5045**

Documento generado en 02/08/2023 03:24:46 PM

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