

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, doce (12) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 005 001 31 05 019 2019 00414 01, promovido por el señor **JAIRO ALBERTO VILLA GAVIRIA**, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. – PROTECCIÓN** y la empresa **CI TÉCNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A.**, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte demandante, **PROTECCIÓN S.A.**, **COLPENSIONES**, y la empresa **CI TÉCNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A.**, frente a la sentencia emitida el 18 de junio de 2021 por el Juzgado Diecinueve 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 1º 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 **055**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

El señor JAIRO ALBERTO VILLA GAVIRIA demandó inicialmente a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., C.I. TÉCNICO BALTAME DE COLOMBIA S.A., CARVAJAL PROPIEDADES E INVERSIONES S.A. y CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S., sin embargo, en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y la SS, celebrada el día 01 de julio de 2020, se declaró probada la excepción previa cosa juzgada, excluyendo del litigio a las sociedades a CARVAJAL PROPIEDADES E INVERSIONES SA y CARVAJAL EDUCACIÓN SAS, continuándose el trámite con las demás codemandadas.

Dilucidado lo anterior, y haciendo un recuento histórico únicamente respecto a las partes procesales mencionadas, se avizora que el demandante petitionó en primer lugar, se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES al Régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A, determinándose que se encuentra válidamente afiliado a la administradora del RPM sin solución de continuidad.

Por ello, petitionó que se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar los aportes a COLPENSIONES, incluyendo los rendimientos, bonos y cuotas de administración que hubiere causado, y a COLPENSIONES, incorporarlos en la historia laboral para conceder así la pensión de vejez de la accionante, junto con intereses moratorios o indexación.

También se deprecia se condene a PROTECCIÓN S.A., a reconocer a título de indemnización de perjuicios, el pago de una mesada pensional equivalente a lo que hubiere recibido la demandante en el régimen de prima media.

Pero además de lo anterior, peticiona que la empresa C.I. TÉCNICO BALTAME DE COLOMBIA S.A. deberá pagar cálculo actuarial por el tiempo allí laborado, y los fondos demandados, deberán incluir éstas semanas para el cómputo de la pensión de vejez.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que nació el 21 de enero de 1957; se afilió inicialmente al entonces ISS, y luego, el 12 de junio de 1996, sin recibir ninguna asesoría se trasladó al RAIS suscribiendo formulario de afiliación con COLFONDOS; posteriormente, migró a PROTECCIÓN S.A., fondo de pensiones que tampoco le brindó una adecuada información sobre las características del Régimen de Ahorro Individual; cuenta que se solicitó a PROTECCIÓN se le permitiera retornar al RPM, petición que fue rechazada; también requirió a ésta AFP una proyección pensional, donde se percató que el RAIS es más desfavorable.

De igual manera, se narra en la demanda que laboró en C.I. TÉCNICO BALTAME DE COLOMBIA S.A. – TECBACO S.A.- desde el 15 de febrero al 15 de noviembre de 1978, tiempo que no se encuentra incluido en la historia laboral, semanas que aumentarían la tasa porcentual a aplicar a la mesada pensional. Por último, informa que el 3 de mayo de 2019 deprecó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue negada.

COLPENSIONES en el escrito de réplica, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que éste inicialmente estuvo afiliado al Régimen de Prima Media, y lo referente a la reclamación administrativa. Frente a los demás hechos adujo no constarle. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir la ineficacia o nulidad de traslado; ausencia de prueba de engaño, equivoca información y perjuicio padecido; inexistencia de la obligación de reconocer y pagar pensión de vejez e intereses

moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; improcedencia de la indexación de las condenas; prescripción; buena fe; y compensación.

IC TÉCNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A. –TECBACO-, admitió el vínculo laboral con el demandante por espacio de 10 meses, aclarando que, para esa época, no tenía la obligación de afiliar al demandante al entonces ISS, pues no había cobertura en la zona de Urabá, la cual entró en vigencia a partir del 1 de agosto de 1986. Con relación a los demás hechos, mencionó no constarle. Se opuso a las pretensiones direccionadas en su contra, y formuló como medios exceptivos, los denominados desconocimiento de la normatividad colombiana en materia de pensiones; aplicación indebida de normas; inexistencia legal de la obligación de efectuar el pago del cálculo actuarial; TECBACO actuó bajo un profundo convencimiento de estar actuando bajo la normatividad aplicable; asignación de una carga desbordada; falta de causa para pedir; buena fe y prescripción.

PROTECCIÓN por su parte dio por cierta la edad de la accionante, aceptó que la AFP rechazó la solicitud de traslado del demandante a COLPENSIONES, y que le fue realizada una proyección pensional. Respecto de los demás hechos aseveró no constarle y otros dijo que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones, formulando las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

Finalmente, COLFONDOS no aceptó ningún hecho, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con

solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción, compensación y pago.

En sentencia proferida el 18 de junio de 2021, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, declaró la ineficacia del traslado del señor JAIRO ALBERTO VILLA GAVIRIA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, entendiéndose que la demandante ha estado afiliada válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y ordenó: i) a PROTECCIÓN S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de JAIRO ALBERTO VILLA GAVIRIA, tales como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, comisiones y aportes para financiar la garantía de pensión mínima, sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales; ii) a COLPENSIONES a aceptar el regreso de JAIRO ALBERTO VILLA GAVIRIA a esa entidad y recibir los dineros; iii) se ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES EICE, los gastos de administración y comisiones que hubieren percibido durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a ese fondo; iv) CONDENÓ a la sociedad C.I. TÉCNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A., a reconocer a favor del demandante JAIRO ALBERTO VILLA GAVIRIA, y con destino a COLPENSIONES, título pensional por el periodo comprendido entre 15 de febrero y el 15 de noviembre de 1978; v) COLPENSIONES deberá realizar el respectivo cálculo actuarial, y posteriormente recibir los dineros correspondiente; vi) COLPENSIONES deberá reconocer pensión de vejez al demandante bajo las previsiones de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, cuyo disfrute procede desde el 2 de mayo de 2019, pagando la suma de \$190.871.018 debidamente indexada, por concepto de retroactivo pensional, suma sobre la cual procede los descuentos destinados al sistema de seguridad social; vii) continuar pagando, a partir del 1º de junio de 2021, una mesada pensional de \$7.258.682; viii) y se CONDENÓ en costas a C.I. TÉCNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. Por último, se absolvió a las demandas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante, inconforme parcialmente con la decisión de primera instancia, precisó que se debe modificar en el sentido de establecer que la fecha de causación de la pensión debe ser desde la fecha del cumplimiento de todos los requisitos, toda vez la intención de retiro fue clara, pues 3 años antes de cumplir la edad, no realizó aportes a pensión. Igualmente deprecia se liquide nuevamente la pensión de vejez, pues la PROTECCIÓN no agregó los valores pagados por la empresa CARVAJAL en el año 2016 en virtud de un acuerdo conciliatorio, dicha suma aparece como un ingreso, pero no acrecentó el IBC de cada mes durante la relación con CARVAJAL, lo cual aumenta la mesada pensiona. Por último, afirma que debe condenarse a los intereses de mora, pues COLPENSIONES tenía conocimiento de la solicitud pensional desde hace más de dos años, y desde ese momento, deben causarse. En subsidio pide los perjuicios a cargo de los fondos privados, puesto que la razón por la cual COLPENSIONES no concedió la pensión, fue debido a que el actor estaba afiliado en el RAIS de manera ineficaz.

La apoderada de PROTECCIÓN no comparte la orden de devolución de los gastos de administración, afirmando que tanto este concepto como las primas de seguros previsionales, son deducciones legales, y de esta forma, se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, máxime que dichos descuentos no están destinados a financiar la pensión de vejez. Aunado a ello, solicita aplicar la prescripción sobre dichos conceptos.

COLPENSIONES manifiesta desacuerdo, diciendo que no debe declararse la ineficacia, pues el demandante se trasladó de manera voluntaria al RAIS sin verificar las condiciones positivas y negativas, situación que es ajena a un tercero como COLPENSIONES. En cuanto a la pensión vejez, afirma que el hecho de declararse la ineficacia, automáticamente no genera como consecuencia, el reconocimiento de la pensión de vejez, pues le estaría vulnerando el debido proceso a COLPENSIONES en cuanto a la validación de los requisitos.

Por último, CI TÉCNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A., interpone y sustenta el recurso de alzada argumentando que se desconoció lo establecido en la Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003 y el decreto 1887 de 1994, donde se establece una sanción al patrón omiso; dice que el despacho se contrarió toda vez que el decreto 1887 va más allá de traer al presente el valor de los aportes; que no es concebible equiparar al empleador omiso con quien no lo fue.

Expone que ninguna providencia la corte ha hecho referencia a lo que hizo el despacho de instancia, concretamente el señalar que el decreto 1887 trae a valor presente los aportes, y por el contrario, la Corte Constitucional ha establecido dicho decreto es inconstitucional, más aún si se aplica a un patrono que no estaba obligado a afiliarse por falta de cobertura.

Presenta su inconformidad con el hecho que no se tuvieron en cuenta las alegaciones presentadas, donde se expuso esa situación, específicamente que el Decreto 1887 no puede hacerse extensivo al empleador que no fue omiso.

Narra que las sentencias C-506 de 2001 y C-1024 de 2004, la corte constitucional indica que solo proceden las semanas que hacen falta para adquirir la pensión, se liquida con el mínimo de la época, no hay retroactividad, y las pensiones se aplican a partir de la fecha de la sentencia, y que, para el pago de los aportes indexados, concurren 50% empresa 25% trabajador, y 25% el estado representado en COLPENSIONES, ello toda vez que la omisión en la regulación nació del mismo estado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de COLPENSIONES allegó escrito de alegatos de conclusión reiterando la posición que ha venido adoptando en su defensa durante todo el trámite del proceso, consistente en que no hay lugar a la declaratoria de ineficacia, pero en caso de salir avantes las pretensiones de la demanda, se deberán devolver todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, tales como cuotas de administración, rendimientos y utilidades. Además de ello, respecto a la pensión,

indica que dicha prestación únicamente se reconocerá cuando las codemandadas cancelen el cálculo actuarial.

La parte accionante, dentro del término legal, allega alegaciones finales, aduciendo frente a la liquidación realizada por el juez de primera instancia que, cuando se trata de una suma única, como ocurre con el pago de un capital producto de una conciliación judicial, la UGPP toma en cuenta los ingresos, dividiéndolos entre los doce (12) meses del correspondiente año fiscal, situación que evidentemente debía aplicarse en el presente asunto, lo que conllevaría a que el IBL del actor sea muy superior. Finalmente, insiste en la petición de reconocer intereses moratorios o en subsidio perjuicios a cargo de los fondos privados, en los mismos términos señalados en el recurso de apelación.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de esta segunda instancia, consiste en determinar si el traslado entre administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el accionante se torna ineficaz como lo precisó el Juzgador de primera instancia, y en caso afirmativo, se abordará como problema jurídico asociado, si ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, así como definir las restituciones a que haya lugar entre entidades pensionales.

Además de ello, se analizará la procedencia del pago del cálculo actuarial por parte de CI TÉCNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A.; y el momento del disfrute de la pensión de vejez a favor del demandante.

Por último, se analizará si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez, y de ser así si da lugar a reliquidar la mesada pensional dispuesta en la sentencia de primera instancia; al pago de intereses moratorios, o en subsidio perjuicios ocasionados por la ineficacia de la afiliación.

CONSIDERACIONES

Inicialmente, habrá de indicarse que esta Sala se acoge al precedente jurisprudencial pacífico, que en temas en un principio de nulidad y posteriormente de ineficacia, ha desarrollado la Honorable Corte Suprema de Justicia con ya 15 años de desarrollo, esto es, desde las sentencias 31989 y 31214 de 2008, cuando se analizó la situación que nos convoca bajo la óptica de la *nulidad del acto jurídico*, situación que cambió en cuanto a su consecuencia jurídica a partir de la sentencia SL 12136 de 2014, donde se abordó la *ineficacia*.

La figura de la ineficacia, en materia de elección de un fondo pensional, tiene su sustento en la parte final del inciso primero del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando hace referencia al hecho que si por cualquier forma se atenta contra el derecho a la afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se dejará sin efecto la afiliación respectiva.

Según se desprende de los fundamentos fácticos de la acción, alega la parte actora la omisión por parte de COLFONDOS y PROTECCIÓN del deber de información, por tanto, se hace necesario abordar bajo tal óptica la situación del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, llevado a cabo inicialmente el 01 de agosto de 1196 ante COLFONDOS, y posteriormente ante PROTECCIÓN S.A. el 01 de julio del año 2.000.

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 se pretende es dejar sin efectos el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, el acto jurídico realizado por el asegurado el 01 de julio del año 2.000 en COLFONDOS, por tanto, el estudio debe de centrarse exclusivamente al cumplimiento o no del deber de información al momento del traslado de régimen, 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 del traslado de la accionante: “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 esta Sala de Decisión que al señor VILLA GAVIRIA, 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 en el interrogatorio de parte, en donde no se observó confesión alguna de su parte de cara a lo establecido en el artículo 191 del CGP, pues el demandante indicó que al momento de traslado, no fue asesorado en debida forma, pues le indicaron que el entonces ISS se iba a acabar, tampoco le explicaron las diferencias entre uno y otro régimen pensional pues la información fue muy reducida.

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 o traslado, 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, 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 traslado 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 el traslado 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 traslado de 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.

En criterio 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.

Así pues, esta Sala acoge el planteamiento en la medida que se encuentran dados los presupuestos legales y jurisprudenciales para que proceda la declaratoria de ineficacia petitionada. Además, ninguna prueba en el plenario permite establecer que el traslado al régimen de ahorro individual por parte de la asegurada a COLFONDOS y posteriormente a PROTECCIÓN SA, se hubiese realizado bajo los parámetros de libertad informada y transparencia mínimos.

Ahora bien, es del caso resaltar que PROTECCIÓN S.A. no comparte la orden de devolución de los gastos de administración, de modo que, al respecto precisa la Sala, 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 del demandante con los rendimientos generados por éstos en cada uno de los Fondos Privados, 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 las AFP con cargo a sus propios recursos, por los periodos durante los cuales la accionante permaneció afiliada a aquellas, a la administradora cuya afiliación es válida, y en caso de que no se hubiera hecho. (Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 2004, y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias SL4.964 de 2018, SL4.989 de 2018, SL1.421 de 2019 y SL1.688 de 2019).

A juicio 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 debido a 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 relieves como la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, en la sentencia SL2877-2020, radicación 78667 del 20 de julio, se refirió 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 ahorro 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...”.

Y en reciente providencia, concertante la SL610-2023, dispuso:

Por esto mismo, 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.

*Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la accionante y el bono pensional si hubiere lugar. De igual modo, dicha entidad **deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima**, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones (CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022 y CSJ SL3188-2022). (Negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior deja claro, que el hecho de “una buena gestión”, 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 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.

Razón por la cual, se REVOCA parcialmente el numeral tercero de la audiencia conocida en apelación y consulta, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., devolver los dineros correspondientes a seguro previsionales.

Así mismo, se debe anotar que la regla del artículo 1746 del Código Civil no se limita al caso de pérdidas o deterioros, la misma es una previsión legal adicional a las restituciones a que hubiese legal, y es por ello que se reitera, esta Sala acoge en las restituciones las reglas pacíficas al respecto dictadas por la Honorable Corte Suprema de Justicia en las anteriores referencias de esta providencia, para lo cual además no puede perderse del horizonte que los rendimientos son generados por un capital aportado a título de cotizaciones del trabajador y su empleador.

Conforme a lo antes expuesto, resulta claro que, no se vislumbra enriquecimiento sin causa como lo indica la coaccionada PROTECCIÓN S.A. en su recurso de alzada.

Por otro lado, se debe ocupar la Sala del análisis de la excepción de mérito de prescripción, la cual fue alegada por la PROTECCIÓN SA. 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 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.

En igual sentido, la Sala no accede a la prescripción extintiva del reintegro de los gastos de administración, invocada por PROTECCIÓN S.A, en razón a que aquellas hacen parte de la cotización para pensión, y por tanto hacen parte de esta

tornándose imprescriptible al estar relacionada con el derecho pensional del actor, y como se ha manifestado reiteradamente el reintegro de sumas ha de ser completo sin ninguna clase de deterioro, más si con sus intereses y frutos.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor de la actora, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional al menos el tipo A, y por tal razón, si el bono pensional fue pagado se debe efectuar la devolución al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no a COLPENSIONES.

En ese sentido, se REVOCA parcialmente el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia.

Po último, para finalizar el análisis de la ineficacia del traslado, vale mencionar que, esta Sala comparte la decisión adoptada por el fallador de primer grado en lo relativo a ordenar a COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES, los gastos de administración y comisiones que hubieren percibido durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado allí.

DEL DEBER DE APROVISIONAMIENTO Y DEL CÁLCULO ACTUARIAL

Primeramente, ha de precisarse que en este juicio no se encuentra en discusión que el señor JAIRO ALBERTO VILLA GAVIRIA laboró para CI TÉCNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A. – TECBACO- entre el 15 de febrero y el 15 de noviembre de 1978, sin aportes a pensiones. Dentro del plenario, reposa certificación expedida por TECBACO que así lo acredita (pag. 139 archivo 001); además de ello, al momento de replicar la demanda, se confesó tal situación en el hecho vigésimo quinto.

Pues bien, 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 SL5535-2018, 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 SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 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...”.

Luego, respecto de la participación del extrabajador en el pago del cálculo actuarial, se señala lo siguiente.

El parágrafo 1º 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 SL673-2021, 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...».

Ahora bien, no debe pasarse por alto que el apoderado de CI TÉCNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A al momento de impugnar la decisión, afirma que deberá tenerse en cuenta lo dispuesto con la Corte Constitucional en las sentencias C-506 de 2001 y C-1024 de 2004, las cuales van en contravía de lo analizado por la Sala de Casación Labora, de modo que, procede ésta Sala a resaltar que en sentencia C-506 del 2001 se dispuso:

*“La Corte constata sin embargo que la norma no está creando en cabeza del último empleador o pagador la responsabilidad de concentrar el valor del cálculo actuarial o de asumir, como lo entiende la actora, responsabilidades de pago por cuenta de terceros. **Por el contrario, el alcance de la norma se refiere a la obligación que incumbe a todos los empleadores o entidades pagadoras de pensiones de transferir a la entidad administradora del régimen de prima media que reconoce la pensión de vejez, el valor del cálculo actuarial a satisfacción de esta última.***

La norma señala concretamente que el cómputo de las semanas necesarias para reconocer la pensión de vejez, será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, a satisfacción de la entidad administradora, con base en el cálculo actuarial, las sumas correspondientes del trabajador que se afilie.

Ahora bien, en relación con la transferencia misma, ésta ya fue objeto de estudio en la sentencia C-177/2000 que condicionó la constitucionalidad del inciso atacado en los siguientes términos:

*Primero.- Declarar EXEQUIBLE el segundo inciso del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor dispone "en los casos previstos en los literales c) y d), 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 al trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora", en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, es deber de las autoridades de control, y en especial de la Superintendencia Bancaria y de la Superintendencia de Sociedades, según el caso, actuar de inmediato para evitar que las dificultades económicas de las entidades previsionales del sector privado y de las empresas que reconocen y pagan pensiones puedan afectar el derecho de los trabajadores a acumular las semanas y los periodos laborados ante distintos patronos; **y que el trabajador puede exigir al empleador o a la caja, según el caso, el traslado, con base en el cálculo actuarial, de la sumas anteriormente cotizadas, las cuales deberán ser recibidas, salvo justa causa, por la entidad administradora a la cual se afilie, siendo procedente la tutela si se puede ver afectado el mínimo vital, la igualdad o el debido proceso.**" (Negrilla Intencional)*

Por su parte, en la sentencia C-1024 de 2004, el máximo órgano constitucional enseñó:

“Desde esta perspectiva, el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la

realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país, simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados.”

Corolario de lo anterior, no son de recibo los argumentos expuestos por el apoderado de CI TÉCNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A. en el recurso de alzada, pues a juicio de éste órgano colegiado, el análisis efectuado por la Corte Constitucional, no se opone de lo enseñado por la Sala de Casación Laboral, más aún que en las providencias anteriormente referenciadas, expresamente se dispone la importancia del mentado cálculo actuarial en aras de evitar la descapitalización del sistema.

En consecuencia, en criterio de la Sala, conforme la normatividad y la jurisprudencia citadas en precedentes, CI TÉCNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A. debe pagar con destino a COLPENSIONES, y en favor del demandante, el cálculo actuarial en los términos dispuestos por el A quo.

No sobra señalar que dentro de la foliatura, no se acreditaron valores precisos de los salarios devengados en el lapso comprendido entre el 15 de febrero y el 15 de noviembre de 1978, y es por ésta razón, que esta Sala de Decisión comparte la decisión adoptada por el juez de instancia, quien estableció que para efectos del mentado cálculo actuarial, se tendrá en cuenta el salario mínimo legal. Lo anterior teniendo en cuenta el artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

Por ende, se CONFIRMARÁ en este aspecto la providencia.

SOBRE EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL

Deprecó además el actor, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, establece los requisitos para acceder a la pensión de vejez, así:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

“.....

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

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

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

De la copia de la cédula de la demandante que reposa en el expediente digital, se constata que nació el 21 de enero de 1957, por lo cual, para el 1 de abril de 1994 contaba con 37 años de edad y menos de 750 semanas cotizadas, por lo que, nunca fue beneficiario del régimen de transición.

Igualmente, del acervo probatorio arrimado al plenario, se colige que el demandante cuenta con más de 1708 semanas en todo su haber laboral, según historia laboral aportada por PROTECCIÓN al momento de replicar la demanda (página 685 archivo 001).

Teniendo en cuenta que el accionante cumplió con la edad mínima para acceder a la pensión de vejez el 21 de enero de 2019, y cumplió con creces la densidad de

semanas establecida en la norma, le asistió la razón al *a quo* en ordenar que COLPENSIONES realice el reconocimiento pensional, una vez, realice la desafiliación efectiva del sistema, bien por la novedad de retiro, o por tácitamente al no efectuar más cotizaciones de ser empleado oficial, pues en la historia laboral se observa dicha afiliación última es como trabajador de una empresa privada; y de ser empleado público, acredite su retiro del servicio. Dicha pensión deberá reconocerse, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 34 del mismo texto normativo.

Ahora, el apoderado de la parte actora arguye que deberá efectuarse una nueva liquidación de la mesa pensional, teniendo en cuenta que en la historia laboral expedida por PROTECCIÓN S.A., no se reflejan las cotizaciones realizadas por CARVAJAL PROPIEDADES E INVERSIONES S.A. y CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S., cuyos valores, aumentarían notablemente la mesada pensional del señor VILLA GAVIRIA.

De modo que, lo primero que habrá de analizarse es que, dando cumplimiento a lo ordenado por el juzgado de primera instancia, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí, arrimó copia del acta de audiencia celebrada el día 6 de diciembre de 2016 dentro del proceso ordinario laboral con radicado 05360310500220160021500 promovido por el acá accionante en contra de CARVAJAL PROPIEDADES E INVERSIONES S.A. y CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S. (página 752 del archivo 001 del expediente digital), donde se llegó a un acuerdo conciliatorio de la siguiente manera:

En vista de lo descrito, como las partes solicitan al Despacho, se apruebe la CONCILIACION a que se llegó, y se declare en firme y se termine el presente litigio. El Juzgado, atendiendo los términos previstos y el debate que se inicia, encuentra que la CONCILIACION descrita no admite reparo alguno, vista la voluntad de las partes, considerando que no se le cercenan ni se le desconocen derechos ciertos e indiscutibles al demandante, en los términos de los artículos 13, 14 y 15 del C.S del Trabajo, por ello el Despacho LE IMPARTE SU APROBACION a la conciliación consistente en el pago de la suma de CIENTO CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$148.510.000) que serán girados a la cuenta individual del señor Jairo Alberto Villa Gaviria en el Fondo de Pensiones Obligatorias PROTECCION a más tardar el día 31 de diciembre de 2016, y así mismo se le girará al actor la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000) a su cuenta de ahorros N° 10839339952 de Bancolombia el día 15 de diciembre de 2016. Ambas sumas de dinero serán giradas en cheque por la codemandada CARVAJAL EDUCACION S.A.S. Por ello a esta conciliación el Despacho le imparte su aprobación y, a la vez advierte a las partes que la misma hace tránsito a COSA JUZGADA, en los términos y para los efectos de los artículos 77 y 78 del C. P del T. y de la Seguridad Social y que contra la misma no procede reclamación posterior alguna, salvo su ejecución, en caso de incumplimiento en los pagos aludidos.

LO RESUELTO, SE NOTIFICA EN ESTRADOS.

En armonía con lo anterior, y con el fin de complementar la información respecto a los extremos temporales, vale la pena mencionar que también se anexó copia del libelo gestor dentro del citado proceso tramitado en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí (pag. 755 a 780 del archivo 001 del expediente digital), donde se pretendía declarar la existencia de la relación laboral entre el 19 de enero de 1981 y el 15 de abril de 2013.

Aunado a ello, en historia laboral arrimada al plenario por PROTECCIÓN S.A. (pag. 685 a 714 del archivo 001), se aprecia que el capital por el cual se efectuó la conciliación antes referenciada, no registra convertido en tiempos, mes a mes, según lo alegado por el apoderado de la parte actora.

Empero, a juicio de ésta Sala, no puede pasarse por alto que en sentencia SU405-21, la Corte Constitucional dispuso, entre otras, la obligación de los fondos de pensiones en actualizar la historia laboral de sus afiliados:

“100. La Sentencia T-079 de 2016 sistematizó las principales obligaciones en cabeza de las administradoras de pensiones que se derivan del deber general de custodia sobre la información laboral y de las bases de datos en que se soportan, las cuales deben gestionarse en consonancia con el derecho fundamental al habeas data. Se trata, en últimas, de datos personales, cuyo tratamiento se sujeta a las pautas contempladas en la Ley 1581 de 2012. Estas obligaciones se han resumido en cuatro ejes principales:

*“(i) el deber de custodiar, conservar y guardar la información y los documentos que soportan las cotizaciones, que hace referencia al especial cuidado que deben tener las entidades al organizar y manipular las historias laborales; (ii) **la obligación de consignar información cierta, precisa, fidedigna y actualizada en las historias laborales, que se enfoca en las características mínimas que deben reunir los datos contenidos en los registros laborales**; (iii) el deber de brindar respuestas oportunas y completas a las solicitudes de información, corrección o actualización de la historia laboral que formulen los afiliados al Sistema General de Pensiones, lo anterior porque en el marco de garantizar la veracidad de la información, en caso de que ésta sea inexacta, se debe garantizar la oportunidad y los canales adecuados para que los interesados presenten sus peticiones de corrección y sean respondidas en debida forma; y (iv) la obligación del respeto del acto propio, que se torna*

en una protección al trabajador cuando la entidad modifica la información de sus cotizaciones de forma intempestiva.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Es por lo ya mencionado, que éste Juez plural no comparte lo adoptado por fallador de instancia al haber procedido con la liquidación de la mesada pensional, pues previo a ello, se requería que la AFP en la que se encontrara el accionante, procediera a asentar el capital correspondiente a cotizaciones, y por ende, actualizar la historia laboral, carga que su momento recaía en hombros de PROTECCIÓN S.A.

Como dicho capital consignado por CARVAJAL PROPIEDADES E INVERSIONES S.A. y CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S en la cuenta de ahorro individual del demandante, no pudo reflejarse en las semanas de la historia laboral arrimada por PROTECCIÓN, esto debido a que se trata de un régimen diferente, no era dable realizar el cálculo del IBL, de modo que razón le asiste al apoderado de la parte demandante, al indicar que se modificarían los valores.

Ahora, considera la Sala por posición mayoritaria, que si bien en el proceso donde se efectuó la conciliación que dio lugar declarar prospera la *cosa juzgada* por parte del *a quo* dentro del presente trámite, no se encontraba vinculada la administradora colombiana de pensiones a cargo de quien está la prestación de vejez, no es dable en estas alturas procesales desconocer la decisión mediante la cual prosperó el medio exceptivo antes aludido, máxime que en la respectiva etapa procesal no se atacó mediante recursos de ley tal declaratoria por la administradora de pensiones pública antes citado, y este punto no se cobija por el grado jurisdiccional de consulta estando por tanto proscrita ahora la revisión en cuanto se refiera a partes que se encuentran desvinculadas procesalmente mediante decisión ejecutoriada. Ha de reiterarse que en ambas situaciones medio la intervención judicial y se decidió al respecto mediante providencia que cobró ejecutoria.

En concordancia con ello, contrario a lo alegado en el recurso de la parte accionante, tampoco es posible que éste cuerpo colegiado proceda a elaborar un

nuevo cálculo, pues de hacerse, se estaría presumiendo el valor de cada cotización, lo cual ese denota inadecuado.

Debido a la situación particular del caso de marras, al haberse declarado la ineficacia, según lo explicado en acápites anteriores, todos los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, deberán migrar a COLPENSIONES, fondo de pensiones que, de acuerdo al Decreto 1833 de 2016, deberá asentar el dinero consignado por CARVAJAL PROPIEDADES E INVERSIONES S.A. y CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S. por el periodo comprendido entre el 19 de enero de 1981 y el 15 de abril de 2013, teniendo en cuenta para ello, las cotizaciones dejadas de cancelar y los intereses moratorios; a su vez, se realizará actualización de la historia laboral.

Así las cosas, la sentencia de primer grado en éste punto, habrá de modificarse, en el entendido que una vez asentado el capital en los términos ya explicados, COLPENSIONES deberá liquidar nuevamente la pensión, teniendo en cuenta el periodo señalado. Cálculo que, en todo caso, se efectuará de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 34 del mismo texto normativo.

No obstante, los argumentos esbozados en la apelación y alegatos de la parte actora, no sobra señalar que pese a no establecerse un valor específico por lo ya mencionado, no se incumple la obligación contenida en el artículo 283 del CGP aplicable por analogía al trámite laboral, pues de manera concreta, se está dando la orden a COLPENSIONES de cómo deberá reconocer la pensión.

Por lo anterior, se REVOCA los numerales octavo y noveno de la sentencia analizada.

También fue objeto de apelación por el apoderado de la parte demandante, lo referente a la fijación de la fecha del disfrute de la prestación de la pensión de vejez de la accionante, toda vez que el Juez la definió “*desde el 2 de mayo de 2019*” considerando el apoderado de la parte actora, que no debe ser ésta, sino la calenda

a partir de la cual el señor VILLA GAVIRIA cumplió la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, por tener para entonces todos los requisitos reunidos para acceder a la prestación, sin que sean tenidos en cuenta los períodos cotizados con posterioridad a tal fecha.

De conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, el disfrute de la pensión de vejez se define desde la fecha en que se registra la novedad de retiro dentro del Sistema Pensional, y sobre éste punto de controversia, la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado en numerosas oportunidades, recordando la reciente sentencia SL1190-2022, donde indicó:

“Ahora, en cuanto al disfrute de la prestación, debe destacarse que ello ocurre, en principio, al día siguiente de la desafiliación del sistema, conforme a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aplicables por virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993; no obstante, en este caso no se advierte la fecha efectiva en que ello sucedió, de modo que para tales efectos se tendrá en cuenta la calenda de la última cotización -30 de abril de 2015- por cuanto esta ajusta un mínimo necesario para causar el derecho pensional. Por tanto, la prestación se reconocerá a partir del día siguiente, esto es, el 1.º de mayo de 2015.”

Descendiendo al caso *sub lite*, se recuerda que el demandante cumplió los 62 años de edad el 21 de enero de 2019, además de ello, se avizora de la documental arribada al plenario que, el actor realizó su última cotización en el período 2016/07, por consiguiente, aplicando lo expuesto por el órgano de cierre de esta especialidad, lo adecuado será reconocer la pensión de vejez a partir del 22 de enero de 2019, es decir, el día siguiente del cumplimiento de todos los requisitos.

Por lo antes expuesto, se MODIFICARÁ la decisión en este asunto.

INTERESES MORATORIOS E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Con todo lo anterior, habrá de resolverse la pretensión encaminada al reconocimiento los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por la tardanza en el reconocimiento de la pensión de vejez, para lo cual, basta con señalar que acorde a lo expuesto por el *a quo*, se aplican en el caso de

tardanza en el pago completo o parcial de las mesadas pensionales, no siendo entonces aplicables en los términos esbozados por el apoderado de la parte demandante, pues el derecho a la prestación económica por vejez del demandante a cargo de COLPENSIONES, nació a la vida jurídica con la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS.

Tampoco hay lugar a condenar a PROTECCIÓN al pago de perjuicios materiales generados a la demandante, principiando por señalar que esta Sala, dando aplicación a los derechos constitucionales al debido proceso y defensa, ha sostenido que desde la presentación de la demanda se debe exponer con claridad y precisión los hechos en que se basan las pretensiones, cuáles son los fundamentos jurídicos que las sustentan y qué pruebas hará valer.

Lo anterior, con base a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, donde se adoctrinó que la demanda es el escrito mediante el cual se ejerce el derecho subjetivo público de acción, es decir, se formula a la Rama Judicial del Estado la petición de que administre justicia y con tal fin decida sobre las pretensiones contenidas en ella. La demanda es la base, junto con la contestación del demandado, para el desarrollo del proceso judicial por los sujetos del mismo, o sea, el juez, las partes y los intervinientes, y, por tanto, la base para dictar la sentencia que pone fin al proceso, y tiene legalmente efectos jurídicos importantes, como son, entre otros, la interrupción de la prescripción o la inoperancia de la caducidad, la radicación de la competencia en un determinado funcionario y la consonancia de la sentencia (Sentencia C-1069 de 3 de diciembre de 2002).

En el caso *sub lite*, de entrada, se observa que el libelo gestor carece de estas condiciones, pues en el acápite de hechos, nada se indicó al respecto, y a *contrario sensu*, se aprecia que la demanda va encaminada a lograr la declaratoria de ineficacia del traslado con todas sus consecuencias.

Lo anterior no es de poca monta, debido a que el extremo procesal pasivo no estaría obligado a controvertir hechos ausentes en la demanda, ni a presentar sus argumentos jurídicos para oponerse a una eventual condena por perjuicios, aspecto

que debería tener la misma trascendencia e iguales exigencias que la petición de ineficacia.

Pero más allá de esto, a juicio de la Corporación mencionada, el daño moral es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, por tratarse recta y exclusivamente del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial. Su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, respecto de los cuales se distingue por su especificidad al recaer únicamente en los sentimientos y afectos, a consecuencia del quebranto de derechos, intereses o valores de naturaleza, ya patrimonial, bien no patrimonial, con los cuales no se confunde.

Analizando el acervo probatorio, y dando aplicación a la libre formación del convencimiento establecido en el artículo 61 del CPT y la SS, estima esta Sala que no se demuestra la existencia del daño, puesto que, la sola afirmación de haberlo sufrido incluso proceder a cuantificarlo en su demandada, no es prueba de su existencia, sin que por lo demás este sea presumible.

Aunado a ello, para la Sala, tampoco se configuran perjuicios materiales en favor de la demandante porque: i) La prosperidad de la pretensión de ineficacia de traslado pensional conlleva a que la expectativa pensional del actor se rija por las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que no existe una merma de la prestación pensional. ii) La Sala de Casación Laboral ha dispuesto la procedencia de la indemnización de perjuicios ocasionados por la mala asesoría en el cambio de régimen, para quienes tengan la calidad de pensionados en el Régimen de Ahorro Individual y sea solicitado el restablecimiento de los derechos dentro de los tres años siguientes a la adquisición de éste status, debiendo ser probados en todo caso los perjuicios causados. Al respecto las sentencias SL 4205 de 2022 y SL 373 de 2021.

DE LAS COSTAS

Según lo dispuesto de los numerales 3 a 5 del CGP aplicable por analogía al trámite laboral, no se condena en costas en esta instancia ante la desventura de los recursos interpuestos por todos los extremos procesales.

Así las cosas, se revocará, confirmará y modificará la providencia que se revisa en apelación y consulta.

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: Revocar parcialmente el numeral tercero de la audiencia conocida en apelación y consulta, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN S.A., devolver los dineros correspondientes a seguro previsionales.

SEGUNDO: Revocar parcialmente el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en cuanto condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES el importe del bono pensional tipo A. que se hubiere pagado en favor del demandante, para en su lugar, ORDENAR que si este fue redimido se debe efectuar la devolución al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no a COLPENSIONES.

TERCERO: Modificar los numerales octavo y noveno de la sentencia analizada, ORDENANDO a COLPENSIONES que, de acuerdo al Decreto 1833 de 2016, deberá asentar el dinero pagado por CARVAJAL PROPIEDADES E INVERSIONES S.A. y CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S. por el periodo comprendido entre el 19 de enero de 1981 y el 15 de abril de 2013, teniendo en cuenta para ello, las cotizaciones dejadas de cancelar y los intereses moratorios; a su vez, se realizará actualización de la historia laboral.

Una vez asentado el capital en los términos ya explicados, COLPENSIONES deberá liquidar nuevamente la pensión, teniendo en cuenta el periodo señalado. Cálculo que, en todo caso, se efectuará de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 34 del mismo texto normativo.

CUARTO: Modificar el numeral octavo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de reconocer y pagar al demandante, el retroactivo pensional de la pensión de vejez, a partir del 22 de enero de 2019, según lo indicado en la parte considerativa.

QUINTO: Confirmar en lo demás

SEXTO: Sin costas en esta instancia según lo advertido en la parte considerativa.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

RADICADO: 05 001 31 05 019 2019 00414 01

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:

En el presente caso, se solicita entre otras pretensiones, el reconocimiento de una pensión de vejez, incluyendo en el número de semanas requeridas legalmente para ello, las cotizaciones de un tiempo que el actor laboró al servicio de la empresa CARVAJAL PROPIEDADES E INVERSIONES S.A. y CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S. entre el 19 de enero de 1981 y el 15 de abril de 2013, del que fueron pagas algunas semanas que no canceló el citado empleador en su momento, y otras en un mayor valor del ingreso base de cotización, que pagó deficitariamente este mismo empleador.

Respecto del tiempo laborado por el demandante entre el 19 de enero de 1981 y el 15 de abril de 2013 antes referido, este había tramitado en precedencia una demanda laboral, procurando el pago de algunos ciclos de cotización que no se registraban en su historia laboral, y además el reajuste de la cotización en otros ciclos que el pago fue deficitario atendiendo un mayor salario devengado frente al que fue cotizado, demanda que se tramitó ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí, con radicado 05360310500220160021500 la que culminó con conciliación del 13 de noviembre de 2012, aprobada por el citado juzgado, en la que esta sociedad se obligó a pagar la suma de \$148.510.000, por los aportes de los ciclos no realizados en el referido periodo y los pagados deficitariamente.

La Sala mayoritaria considera que, como el pago conciliado anteriormente referido, fue producto de una conciliación judicial aprobada, hace tránsito a cosa juzgada, aún respecto de COLPENSIONES, y por ello la obligación legal de pagar que tiene las empresas CARVAJAL PROPIEDADES E INVERSIONES S.A. y CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S., por los aportes de los ciclos no realizados en el referido periodo y los pagados deficitariamente, no puede ser estudiada, ni objeto de decisión en este proceso, pues lo acordado hace tránsito a cosa juzgada, debiendo COLPENSIONES atenerse a lo conciliado entre el actor y la sociedad antes referida.

Respecto del anterior criterio de la Sala mayoritaria, discrepo del mismo como siempre lo he sostenido, en razón a que a ninguna persona, puede oponérsele la figura jurídica de la cosa juzgada, para obligarlo a asumir las consecuencias jurídicas de una sentencia o de una conciliación u otra cualquiera decisión o acuerdo que haga tránsito a cosa juzgada, en el que no participó la persona a la que se opone, pues ello vulnera los derechos de acceso a la justicia, el debido proceso, de contradicción y defensa.

Es relevante, que la figura de la cosa juzgada a la luz de la jurisprudencia y la doctrina, exige como requisito medular entre otros, que haya identidad de partes, entre quienes tramitaron el primer proceso y el segundo que se incoa ante la administración de justicia, requisito que no se cumple en el caso en el caso de personas que demandaron a sus empleadores para que le pagaran aportes pensionales o cualquier otro derecho del que se deriva derechos pensionales a cargo de los fondos de pensiones o en general del sistema de seguridad social.

Como lo he sostenido, el anterior criterio de la Sala mayoritaria, abre un camino expedito para que cualquier persona que quiera obtener una pensión de vejez del sistema pensional, convenga con otro qué tiempo laborado (o incluso no laborado pero que fue objeto de aceptación en una conciliación judicial u otra decisión o acuerdo que haga tránsito a cosa juzgada) desea le sea tenido en cuenta para que el sistema pensional le otorgue la pensión, y además caprichosamente fijar el monto a pagar por el tiempo convenido, con la grave a afectación al principio de sostenibilidad financiera de sistema pensional consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, eludiendo el 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), que establecen que el computo de semanas de empleadores que omitieron afiliación al sistema pensional, solo es procedente cuando el empleador traslade el valor de la reserva actuarial a satisfacción de la entidad administradora, y no a capricho, convenio o voluntad entre el empleador y el trabajador.

Por todas las razones expuestas en precedencia, considero como siempre lo he expuesto en la Sala de discusión del proyecto, que cuando se presente la situación antes descrita, se debe verificar que la relación laboral en realidad se encontraba acreditada en el anterior proceso o ante cualquier otro acuerdo que haga tránsito a cosa juzgada, al menos para efectos de tener en cuenta las semanas de cotización de las que se ordenó o hubo arreglo sobre el pago, y además, que el valor pagado

sea el que legalmente correspondía como cálculo actuarial a la luz de las normas legales anotadas en el párrafo anterior, y si había deficiencia en su pago sea condenando el empleador a pagar la diferencia que se presentara.

No obstante lo anterior, en este caso, acompañó la decisión de la Sala mayoritaria, en razón a que respecto del tiempo que el actor laboró al servicio de las empresas CARVAJAL PROPIEDADES E INVERSIONES S.A. y CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S. entre el 19 de enero de 1981 y el 15 de abril de 2013, lo que se presentaba era mora del empleador en el pago de la cotizaciones en algunos ciclos, pues existía afiliación al sistema pensional con los citas empleadores desde el mes de enero de 1981, sin pago en algunos meses de cotización, lo que conllevaba a que en todo caso, se le debía tener en cuenta al demandante los ciclos de cotización en mora como o tiene definido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, aún en el evento que no se hubiese conciliado entre el demandante y su empleador el pago de los aportes pensionales en mora.

Ahora, aunque también se concilió en este caso en el anterior proceso, el pago del mayor de la cotización por pago deficitario de los empleadores CARVAJAL PROPIEDADES E INVERSIONES S.A. y CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S. , en algunos ciclos, entre los años 1987 y 1996, en realidad o materialmente, lo conciliado, no surte efecto jurídico en contra de COLPENSIONES, pues la pensión seguramente se le liquidará al actor con las cotizaciones de los últimos diez años entre 2006 y 2016 por resultarle más favorable, y por ello el ingreso base de cotización en un mayor valor de la cotización pagado entre 1987 y 1996 en virtud de la conciliación, no influye en el monto de la pensión otorgado al demandante.

Pero, es más, en el evento que se tenga en cuenta el mayor valor de la cotización pagado entre 1987 y 1996 para liquidar la pensión la demandante, en virtud de la conciliación, se observa en la demanda que se tramitó ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí, con radicado 05360310500220160021500, por las semanas en mora y el mayor valor de las cotizaciones, arrojaba un monto de \$38.245.927, y se concilió un pago en la suma de \$148.510.000, con la que en realidad se pagaba lo que legalmente correspondía en el caso de pago deficitario de la cotizaicón, que es el mayor valor con sus intereses moratorios.

En los anteriores términos dejo aclarado mi voto, respecto de lo decidido en este proceso.

No sobra manifestar mi acuerdo con la decisión de confirmar declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, que también fue confirmada en esta instancia.

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: **a3fa32a39dfc9c761136574d9ecaf9b7c34c5ffb35d7d8cabd160140624cb15e**
Documento generado en 12/03/2024 10:55:16 a. m.

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