



San Andrés Isla, 23 de agosto de 2022.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: SHIRLEY WALTERS ÁLVAREZ

PROCES: ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: DENYS INES SALAS VILLEROS

**DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES "COLPENSIONES" Y
PORVENIR S.A.**

RADICACIÓN: 88-001-31-05-001-2020-00162-02

ACTA: 9361

TEMAS: Pensión especial de vejez por hijo discapacitado, Ineficacia de traslado de régimen pensional y prescripción.

I.- OBJETO A DECIDIR

Procede la Sala de decisión a proferir sentencia de segunda instancia dentro del proceso de la referencia.

II.- ANTECEDENTES.

Narra la actora que nació el 26 de junio de 1964, contando con 56 años de edad al momento de la presentación de la demanda y que se afilió al Régimen de Prima Media con la Caja Nacional de Previsión en 1992, en el que cotizó un total de 3 años, 8 meses y 3 días equivalentes a 189 semanas; habiéndose trasladado al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR en el año 1995; trámite que se realizó sin su consentimiento libre y debidamente informado, pues se omitió explicarle en qué consistía tal manifestación, y no se le comunicó la información necesaria y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se desprenden del cambio de régimen pensional, teniendo en la actualidad un total 1383 semanas cotizadas al sistema general de pensiones. Agrega que el 28 de septiembre de 2020, solicitó ante las demandadas la ineficacia del traslado efectuado, siendo resuelto desfavorablemente por Colpensiones y no contestada por PORVENIR S.A. Así mismo, señaló que el traslado no consentido afecta el monto de su pensión ya que con el capital ahorrado en PORVENIR S.A se le otorga solo un salario mínimo de \$877.802, mientras que en el RPM le arroja una mesada pensional de \$1.671.809 con la cual sostendría a su

hija Lilibeth Samuel Salas, quien tiene una pérdida de capacidad laboral del 53.40%.

En virtud de lo anterior, solicita que se declare la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen y como consecuencia se ordene a PORVENIR S.A trasladar los aportes a COLPENSIONES y ésta recibirlos; adicionalmente se le conceda la pensión especial de vejez conforme el parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993 a partir del 1 de octubre del 2020 al tener una hija discapacitada (Ver PDF. No. 01, cdo de primera instancia).

2.1 Trámite Procesal y Contestación de la Demanda.

Mediante auto del 4 de febrero de 2021, el Juzgado Laboral del Circuito resolvió admitir la presente demanda y en consecuencia ordenó correr traslado de la misma a las demandadas, para lo cual les concedió un término de 10 días a fin de que ejercieran su derecho de defensa y allegaran las pruebas que tuvieran en su poder, igualmente ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de conformidad con lo normado en los artículos 610 al 612 del C.G.P.

La ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS - PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo loas siguientes: **“ Prescripción de la acción por la cual se pretende la nulidad”**; **“buena fe Teniendo en cuenta que mi mandante siempre actuó con lealtad, eficacia y celeridad en todas y cada una de las actuaciones que sostuvo con la demandante”**; **“no cumplimiento de los requisitos exigidos por las sentencias C789 de 2022 y C1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU130 de 2013, “Encontrarse incurso en prohibición de traslado de régimen el demandante literal A articulo 2 Ley 797 de 2003”**; **“inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones”**; **“Debida asesoría del fondo”**; **“Enriquecimiento sin justa causa”** y **“Genérica”**. (Carpeta. No.6. / cdo digitalizado de primera instancia).

Por su parte, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- a través de apoderada judicial, se opuso a las

pretensiones, dio por cierto unos hechos y manifestó no constarle la mayoría de éstos; como excepciones de fondo propuso las que denominó: "Carencia del derecho reclamado" "*Prescripción*" "*Genérica*", "*Declaratoria de otras Excepciones*" (Archivo Primera Instancia/Carpeta No. 07 Contestación Colpensiones).

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado A quo, en Sentencia del 17 de mayo de 2022, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, respecto de la señora Denys Ines Salas Villeros, y en consecuencia, dispuso tenerla para todos los efectos legales como afiliada al régimen de prima media con prestación definida; ordenando a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES y a ésta que acepte la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, intereses, más gastos de administración. Adicionalmente, otorgó la pensión especial a la actora a partir del 1 de octubre de 2020 equivalente a un SMLMV y condenando a COLPENSIONES al pago del retroactivo pensional indexado hasta la inclusión en nómina de pensionados y el pago de la respectiva mesada.

Como fundamentos de su decisión, indicó que PORVENIR no aportó al plenario documentación que demuestre que suministró a la demandante la información suficiente y clara sobre las implicaciones del traslado antes del acto de afiliación, lo que permitió inferir que la decisión de trasladarse de régimen no fue de manera libre y espontánea como lo dispone la ley por ausencia del consentimiento informado, debiendo entenderse para todos los efectos legales que la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Respecto a la pensión especial se estimó acreditados todos los requisitos establecidos en el parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, por contar con el mínimo de semanas cotizadas exigidas y tener una hija mayor de edad que presenta una pérdida de capacidad laboral

de 54%. Para fijar el monto de la mesada consideró que al no haber elementos de persuasión suficientes, el IBL corresponde al SMLMV y la tasa de reemplazo del 66,55%.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo anterior, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso parcial de apelación en lo referente a la cuantía de la mesada pensional reconocida, pues en su sentir debía ser superior a un SMLMV de acuerdo con la proyección de pensión en el régimen de Prima Media con Prestación Definida realizado por la sociedad ABOCONTA S.A.S. presentado como anexo de la demanda, sumándole que, el promedio de toda la vida ha sido de \$2.495.609, lo que implica que la tasa de reemplazo debería ser del 66.99% y la pensión a reconocer de \$1.671.809 (Escuchar audio contentivo de la sentencia del 17 de mayo de 2022, entre los minutos 1:49:30 a 1:51:14).

Por su parte, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., reiteró el argumento de la prohibición de traslado de régimen pensional de personas que le faltaren 10 años o menos para llegar a la edad de pensión, toda vez que a la fecha de presentación de la demanda contaba con la edad para pensionarse. Agregó que debió declararse la prescripción de que trata el artículo 1750 del código civil en el entendido que se trataría de una rescisión de contrato de afiliación.

Finalmente, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, sustentó su recurso con base en el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la C.S de J, contenida en la sentencia SL 373 de 2021, que moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, esto es retrotraer las cosas al estado anterior tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el status de pensionado en el régimen de ahorro individual. (Escúchese a récord, min 1:53:40 a 1:55:41 de audio de la sentencia del 17 de mayo de 2022).

V.- DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha 14 de junio de 2022, se admitió el recurso de apelación, y se ordenó de conformidad con el numeral 1 del artículo 15 del decreto 806 de 2020, correr el traslado respectivo.

Las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES en escrito del 17 y 21 de junio de 2022, respectivamente, presentaron sus alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos al sustentar la alzada, en lo concerniente a la posibilidad de retracto con que contaba la actora y de la que no hizo uso dentro del término legal, así como también la causal de prohibición de que trata el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 en la que se encontraba inmersa (Ver pdf, No. 08.01 y 09.01, expediente digital del tribunal).

La parte actora, en fecha del 22 de junio del hogaño, señaló que el informativo carecía de elementos de persuasión que acreditaran que le fue brindada información completa, adecuada y suficiente sobre el traslado, de modo que la sola suscripción del contrato no demuestra el consentimiento informado ni prueba del deber de información, carga probatoria que se encontraba en cabeza de PORVENIR S.A. y no la cumplió. Adicionalmente, señaló que debía modificarse el monto de la pensión, el cual debe ser de \$1.689.722 y no de un SMLMV, como se determinó al tomar el IBL de los últimos 10 años y no el IBL de toda la vida, conforme lo establece el artículo 21 de la ley 100 de 1993 (Ver pdf, No. 11, ib).

VI. CONSIDERACIONES:

6.1 COMPETENCIA Y PRESUPUESTOS PROCESALES.

Esta Sala de Decisión es competente funcionalmente para resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, por mandato del numeral 1 del literal B del artículo 15 del CPT. -

Adicionalmente, revisada la actuación no se observa irregularidad procesal que pueda invalidar el proceso o que conlleve a emitir una

sentencia inhibitoria, por lo que pasará a emitirse el fallo que en derecho corresponda.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Analizado el fallo de instancia y los argumentos de discrepancia expuestos en la sustentación del recurso, surge como problema jurídico sometido a nuestra consideración, determinar si hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS -PORVENIR S.A, con las consecuencias pertinentes; en segundo lugar, se establecerá la legalidad de la cuantía de la mesada pensional declarada.

TESIS: La tesis que sostendrá este Tribunal es que la sentencia debe confirmarse con fundamento en los siguientes razonamientos:

6.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.

Los fundamentos bajo los que se sustenta la presente sentencia son los siguientes:

➤ DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

En tratándose de la afiliación informada el artículo 271 de la ley 100 del 1993, consagra de manera expresa que la consecuencia de la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia o expulsión de todo efecto jurídico causado en virtud al traslado: **“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^{<1>} en cada caso, ... La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”.**

Por su parte el artículo 272. Ib, señala que: **“El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la presente Ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. En tal sentido, los principios mínimos fundamentales**

consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia”.

En ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en precedente SL19447 del 27 de septiembre de 2017, M.P., Gerardo Botero Zuluaga. Rad.: 47125: afirmando que: “... *la elección de cualquiera de los dos regímenes debe ser libre y voluntaria, lo que se exige no es cualquier tipo de asesoría, sino aquella que permita el ejercicio de la libertad informada, cuya infracción castiga la propia normativa en la medida en que indica que si el empleador o cualquier persona natural o jurídica la desconoce, se hace merecedor de las sanciones previstas en el inciso 1º del artículo 271*” (...) *Así mismo tal disposición prevé las consecuencias en la infracción de la información veraz cual es, que «La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»* (...) *Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona (...)*”.

Más tarde, la misma Corporación en sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definatorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la

obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

“Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).”

“El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la *doble asesoría*. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado”.

“Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”.

Más recientemente, en precedente de reiteración SL 1689 del 8 de mayo de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló:

“(…) (i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la

obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3. del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional”.

“(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información”.

“(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento (...).”

“... La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”. (...) “En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional”.

Finalmente, en cuanto a las consecuencias derivadas de la ineficacia del acto de traslado, en sentencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, rad N.º 68852, también con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo,

precisó que: **“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018)”.**

“Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él: (...) Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen”.

“Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones”.

“Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus

propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)".

➤ **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO DE COLPENSIONES.**

Sobre este tópico, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en precedente de reiteración SL1197-2021, proferida el 23 de marzo de 2021, con ponencia del Magistrado Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez en el siguiente sentido:

«Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.» ... En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.»

La sentencia antes referida, aclara que lo importante es que la demanda se presente antes de que el fondo privado reconozca la pensión, ya que no es jurídicamente posible anular un traslado de una persona que tiene el estatus de pensionado. Pertinente resulta traer a colación el siguiente aparte de la misma sentencia:

“El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado – No es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho causado. La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado, puesto que la demandante no contaba con una expectativa pensional en atención al número de semanas cotizadas. Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial

identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto. (Subrayas de la Sala).

➤ **PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO DISCAPACITADO.**

La prestación económica en comento se encuentra regulada en el parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, que contempló una excepción a los requisitos exigidos para acceder a la pensión de vejez, así: **“Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley [100](#) de 1993”**.

Para efectos de su liquidación, pertinente es aplicar los artículos 21 y 34 lb.

En sentencia SL1015 del 16 de marzo de 2022 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, señaló: **“Al efecto debe señalarse, que la Sala tiene establecido que por regla general para acceder a la pensión especial de vejez por hijo invalido, las semanas requeridas son las fijadas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003 (CSJ 3075-2021, CSJ SL2277-2021, SL4402-2018), específicamente en la última de las sentencias señaladas, se dijo: De lo anterior se desprende que fue intención del legislador flexibilizar los requisitos para alcanzar la pensión especial de vejez, es así como no introdujo**

para su obtención el cumplimiento de la edad, pero sí mantuvo la obligación de cumplir la densidad de semanas mínima que para la época de expedición de la ley era de 1000 semanas cotizadas, de forma tal que del derecho especial se pudiera gozar únicamente cuando el afiliado cumpliera con las cotizaciones suficientes para financiarla (...) finalidad el permitir que el padre o la madre pueda abstenerse de continuar laborando, a fin de dedicarse al cuidado del hijo en condición de discapacidad y de esta manera propender por los intereses de este; además, porque la cuantía de la mesada de la pensión especial de vejez por hijo invalido resulta ser más favorable que la de la ordinaria reconocida por Colpensiones”.

CASO CONCRETO:

Sea lo primero establecer que esta Corporación tiene jurisdicción para resolver de fondo este litigio, como quiera que el actor ha prestado sus servicios laborales en los últimos periodos a empresas privadas, aunado a que se encuentra afiliado a la Administradora de Pensiones Porvenir, conforme se desprende del historial de cotizaciones arrimado al informativo con la demanda.

Examinado el acervo probatorio se tiene por demostrado los siguientes hechos:

Que la señora DENYS INES SALAS VILLEROS, nació el 26 de junio de 1964, por lo que para la fecha en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993, en materia de pensiones (1 de abril de 1994), contaba con 30 años de edad, razón por la que no es susceptible del régimen de transición, hecho que no es objeto de debate.

Que ha estado cotizando al sistema de seguridad social, habiendo realizado aportes al ISS entre el 30 de marzo y el 28 de agosto de 1992, y posteriormente en el fondo de pensiones Porvenir S.A a partir de octubre de 1995, lo que se advierte de la historia laboral consolidada allegada con el libelo introductor (Ver expediente digitalizado, subcarpeta 01 “Demanda”- primera instancia).

De las precarias probanzas recopiladas, diáfananamente se vislumbra que la entidad Porvenir no demostró haber cumplido con su deber legal de

suministrar información suficiente, clara y concisa a la demandante, acerca de las consecuencias que se generan a la hora de trasladarse de un fondo pensional a otro, entendiéndolo equivocadamente que solo a partir de la ley 1328 de 2009 y su decreto reglamentario 2555 de 2010, es que nace el deber de asesoría o buen consejo, desconociendo que dicho deber subsiste desde la ley 100 de 1993, como se explicó in extensum en acápite anterior.

De suerte que es el Fondo quien tenía la carga probatoria de allegar la documentación u otro elemento de persuasión donde se evidenciara que la afiliada sí recibió la información necesaria de acuerdo a lo exigido por la norma, como quiera que estamos frente a una negación indefinida de la actora al manifestar en el libelo introductor que no recibió información completa y comprensible sobre todas las etapas del proceso de traslado, donde le explicaran las implicaciones del cambio, ni las consecuencias y efectos legales futuros sobre su pensión; produciéndose entonces la inversión de la carga de la prueba mencionada, encaminada a demostrar el consentimiento informado del afiliado en aras de mantener incólume la validez del traslado, en cumplimiento del deber de diligencia y cuidado que le corresponde a quien ha debido emplearlo (Art 1604 del Código Civil).

Inomisiblemente fluye que, ante la precariedad del acervo probatorio por no decir menos, es dable concluir razonadamente que la AFP Porvenir, omitió cumplir con el deber de información suficiente al momento en el que se efectuó el traslado de la actora, procurando que comprendiera los beneficios y desventajas que del cambio de régimen se desprendían, así como conocer los riesgos y efectos negativos de esa decisión, omisión que motivó su migración al régimen de ahorro individual con solidaridad, con las consecuencias adversas como la diferencia abismal del valor de una mesada pensional en uno y otro régimen.

Corolario de lo anterior, resulta concluir razonadamente que carece de asidero jurídico los argumentos de las sociedades apelantes, al pretender por un lado invocar como impedimento del triunfo de la pretensión incoada que nos ocupa, la oportunidad legal establecida

para un traslado de régimen pensional, cuando el thema decidendum se enmarca en la validez de este acto jurídico ya efectuado desde hace más de 10 años, sin importar, se itera, si tiene consolidado el derecho pensional siempre que no haya sido reconocido por la AFP.

Súmesele, que tampoco tiene vocación de prosperidad el cargo de prescripción alegado, habida cuenta que como se explicó anteladamente la acción de nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media, administrado hoy por COLPENSIONES, al de Ahorro individual en cabeza de Porvenir en este caso, se puede presentar en cualquier tiempo, por tratarse de una situación jurídica imprescriptible, acogiendo la línea jurisprudencial reseñada. De allí que no sea de aplicación legal en este asunto, el término prescriptivo especial de una acción de rescisión de un contrato o acto jurídico de que trata el art 1750 del estatuto sustancial civil, cuando se encuentra involucrado el derecho fundamental constitucional de la seguridad social.

Aquí habrá que aclarar que, el cambio jurisprudencial contenido en el precedente SL 373 del 10 de febrero del 2021, aludido por el apelante Colpensiones, en forma diáfana y expresa se refirió fue a la improcedencia de la ineficacia del traslado pensional cuando el actor tenga el estatus de pensionado al constituir una situación jurídica consolidada, restándole a su favor es una acción indemnizatoria; en este sentido se concluyó: (...) **calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto** (...) La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en

especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (...) Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora".

Finalmente, en lo relativo al reconocimiento de la pensión especial que viene decretada en la sentencia recurrida y que no es objeto de controversia más allá de la liquidación de la mesada por parte de la actora, acerca del IBL base del cálculo respectivo, se estima que le asistió razón al Juzgado de primer grado al tomar el valor SMLMV, toda vez que no se cuenta en el informativo con elementos de persuasión suficientes que permitan conocer el salario devengado por la actora en toda su trayectoria como trabajadora, como quiera que de las 3 certificaciones laborales allegadas que datan de los años 1993, 1994 y del 13 de julio de 2006, expedidos por Cajanal y por el Grupo de Desarrollo Humano de la Gobernación departamental, únicamente se da cuenta de los periodos en que la actora laboró, sin precisar los valores devengados que sirvieran de fundamento de los aportes pertinentes. Falencia probatoria que impide realizar un cálculo actuarial eficaz que pudiese confluir a establecer el IBL acertado base de la mesada pensional reconocida. (Ver PDF No. 01 y Contestaciondeporvenir).

VII. CONCLUSIÓN:

Discurrido lo anterior, serán estas las razones por las que se confirmará la sentencia recurrida; ante la improsperidad de los recursos de todas las partes, nos abstendremos de condenar en costas en esta instancia, conforme al Art. 365 del CGP y el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

VIII.- DECISIÓN

Por lo expuesto El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés Islas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

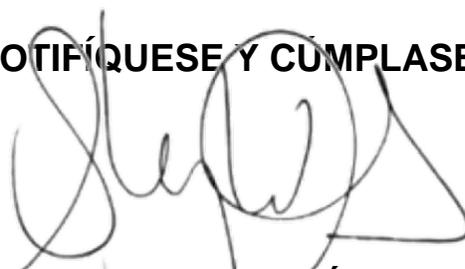
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por DENYS INES SALAS VILLEROS, identificada con la Cedula de Ciudadanía No. 32.679. 368 en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas.

TERCERO: REMITIR oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SHIRLEY WALTERS ÁLVAREZ
Magistrada Sustanciadora



JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA
Magistrado

FABIO MÁXIMO MENA GIL
Magistrado
(En uso de Permiso)