

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23 001 31 05 005 2020-00161-01- FOLIO 3-21

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, VEINTE (20) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas contra la sentencia pronunciada en audiencia del 4 febrero de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JAIME ADOLFO KERGUELEN PUCHE, contra PORVENIR Y COLPENSIONES, además del grado jurisdiccional de consulta por ser adversa la sentencia a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretende la parte actora se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por PORVENIR, efectuada el primero (01) de septiembre de 1999. Como consecuencia de lo anterior, se declare que el actor solo ha tenido como única afiliación válida al sistema general de pensiones la realizada al régimen de prima media con prestación definida, se condene a PORVENIR S.A a trasladar los aportes en pensión realizados durante la afiliación ilegal, rendimientos financieros, valor del bono pensional y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES. A su vez se condene a COLPENSIONES recibir los aportes que le traslade PORVENIR; se declare que el actor tiene derecho al reconocimiento

pensional por parte de COLPENSIONES en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003, con un IBL sobre toda la vida laboral por serle más favorable; retroactivo pensional a partir del 22 de febrero de 2020, intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

1.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime que

- El demandante nació el 22 de febrero de 1958, siendo afiliado al sistema general de pensiones a través del ISS el 4 de septiembre de 1987, donde cotizó un total de 581,71 semanas.

- El 1° de septiembre de 1999 el demandante realiza un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, al fondo PORVENIR, donde se encuentra actualmente.

- Que al momento de realizar el traslado de régimen pensional no se le informó con documento alguno, ni se le advirtió de las consecuencias negativas y dañosas de dejar el régimen de prima media; no se le advirtió acerca del monto de capital que debía reunir en su cuenta de ahorro individual para alcanzar la pensión de vejez digna; tampoco le informaron la proyección de la primera mesada pensional si se quedaba en el régimen de prima media y la que recibiría del RAIS.

- El 11 de septiembre de 2020 el actor elevó petición de traslado a COLPENSIONES, la cual fue rechazada en esa misma fecha bajo el argumento de que se encontraba a menos de 10 años de adquirir el derecho a la pensión.

- El demandante cuenta con 1531 semanas cotizadas al sistema de pensiones,

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma la accionada COLPENSIONES contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y formulando excepciones de mérito.

2.2. COLPENSIONES propuso las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ADQUIRIR LA PENSIÓN DE VEJEZ, BUENA FE y PRESCRIPCIÓN.

2.3. En cuanto a PORVENIR, se tuvo por no contestada la demanda, no obstante, de oficio se decretaron las pruebas documentales allegadas.

2.4. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante declarando la ineficacia del acto de traslado que hiciera el demandante del régimen de prima media al RAIS el 19 de agosto de 1999 con efectividad a partir del 1° de octubre de ese mismo año; como consecuencia de ello, el actor conserva la condición de afiliado al régimen de prima media con prestación definida; declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES; condenó a PORVENIR devolver a COLPENSIONES los valores que tenga en la cuenta individual del actor por cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, gastos de administración; declaró que el demandante tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca pensión de vejez con fecha de causación al 22 de febrero de 2020 y disfrute condicionado al retiro o desafiliación del sistema, en cuantía de \$2'044.222,00, con derecho a recibir 13 mesadas pensionales al año, exonerando de retroactivo pensional. Impuso costas y agencias en derecho a cargo de las accionadas.

Luego de citar el artículo 13, literal “e” de la ley 100 de 1993 y el inciso 2° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, además de las prohibiciones y sanciones consagradas en los artículos 271 y 272 de la misma Ley 100, aunado a diversos precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral, que desde el año 2008 ha mantenido una postura uniforme, quieta y pacífica, acerca de cuando los Fondos de Pensiones omiten cumplir con su obligación de proporcionar una información completa al afiliado al momento de optar por el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y dejar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al cual venían afiliados, a la cual ha denominado deber de información, amén de que corresponde al respectivo fondo demostrar que documentó al usuario de las bondades que implicaba el cambio de régimen pero en mayor medida, explicar a fondo los

aspectos y detalles tanto de hecho y de derecho que podían impactar de forma negativa en el derecho pensional del usuario.

De las líneas jurisprudenciales, se extrae con absoluta claridad que la declaratoria de ineficacia de traslado, sólo está sujeta a que se demuestre que el fondo de pensiones, en este caso, las administradoras de los fondos privados, a quienes migraron de forma masiva los afiliados del ISS hoy COLPENSIONES, desde la entrada en vigencia de los mismos, no acrediten con prueba fehaciente que documentaron y brindaron la asesoría necesaria a sus afiliados, acerca de las bondades, ventajas y desventajas de permanecer a uno u otro régimen, más no, está condicionada a la procedencia de pertenecer el afiliado al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, o si tiene una expectativa o derecho pensional consolidado, pues basta con que se acredite que el usuario no fue informado para que proceda la ineficacia del traslado.

Que al remitirse al acervo probatorio recaudado en el proceso, a fin de determinar si efectivamente hubo omisión por parte del fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., se evidencia que en fecha 19 de agosto de 1999, el actor suscribió la “*SOLICITUD DE VINCULACIÓN O TRASLADO AL FONDO DE CESANTIAS Y PENSIONES OBLIGATORIAS*”, con fecha de efectividad 01 de octubre de 1999, tal como se colige del historial de vinculaciones emitido por ASOFONDOS-SIAFP, y si bien la demandada COLPENSIONES indica que el traslado hacia el RAIS se hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones, considera no puede pregonarse una libertad de escogencia cuando el fondo demandado - PORVENIR S.A.-, no aportó prueba alguna que logre demostrar que cumplió con su obligación de suministrar la debida asesoría a la demandante.

Recalcò que, tal como lo indicó la Sala de Casación Laboral, al declararse ineficaz el acto de traslado, obliga a las administradoras de régimen de ahorro individual con solidaridad, a devolver 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 e incluso los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES la declaró no probada fundamentado en precedentes de la Sala de Casación Laboral.

Al hacer el estudio de la pensión de vejez invocada por el demandante, planteò que no es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y por tanto su derecho pensional se rige por el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado

por el artículo 9 de la ley 797 de 2003. Como quiera que el demandante nació el 22 de febrero de 1958, los 62 años que exige la anterior norma a partir del 01 de enero de 2014 los completó el 22 de febrero de 2020, por lo que necesitaba tener 1.300 semanas para acceder al derecho pensional, semanas que sin duda alguna completa, pues de la historia laboral allegado por la AFP PORVENIR S.A, se logra evidenciar que a la fecha el accionante cuenta con 1.543 semanas, dentro de las cuales 585 semanas fueron cotizadas a COLPENSIONES (Bono Pensional) y 958 semanas a PORVENIR S.A, es decir cumple con los requisitos exigidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993. En ese orden, si bien el demandante pretende el reconocimiento pensional a partir del 22 de febrero de 2020, no se tiene certeza si el demandante se retiró del sistema, pues de la historia laboral allegada por PORVENIR S.A, actualizada al 24 de noviembre de 2020, se otea que para el mes de octubre de 2020 el demandante aún se encuentra realizando aportes a pensión, bajo la razón social KEP@GRO S.A.S, por tanto el disfrute pensional sólo se dará cuando el demandante acredite retiro del sistema.

En cuanto al INGRESO BASE DE LIQUIDACION, fue calculado conforme los parámetros del artículo 21 de la ley 100 de 1993, y como quiera que el actor cotizó más de 1250 semanas, procedió a calcular la mesada pensional tomando toda la vida laboral y los últimos 10 años, obteniendo un IBL de \$2.927.007,00, correspondiente a toda la vida laboral y sobre los últimos 10 años un IBL de \$1.506.797, por lo que toma el primero por serle más favorable. Al aplicar la fórmula matemática dispuesta en el inciso tercero del artículo 33 de la ley 100 de 1993 obtuvo un monto de 69.84% y un valor de mesada pensional de \$2.044.222,00. Precisa que, teniendo en cuenta que la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, tiene derecho a devengar trece (13) mesadas anuales de conformidad con el parágrafo transitorio 6º del Acuerdo 001 de 2005

No impuso condena por intereses moratorios dado que, la parte demandante si bien petitionó a COLPENSIONES, lo hizo con único fin de solicitarle traslado de régimen pensional y no reconocimiento pensional; pero aún, habiéndole solicitado el derecho hoy pretendido, esta entidad se encontraba legalmente imposibilitada en reconocerlo, pues no puede desconocerse que el actor Jaime Adolfo Kerguelen Puche, se encuentra afiliado a PORVENIR S.A y sólo, con la presente sentencia se está declarando ineficaz el acto de traslado de régimen pensional, que en el mes de agosto de 1999 realizó-, lo que releva a COLPENSIONES de imponerle sanción por este concepto. Tampoco otorgò RETROACTIVO PENSIONAL, dado que no existe certeza de que el actor Jaime Kerguelen Puche, se haya desafiliado y/o retirado del sistema; razón por la cual también se declarada fracasada la excepción de prescripción, dado que no está liquidando retroactivo alguno frente al cual podría aplicarse el término trienal.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES:

Arguye que, teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante a PORVENIR fue de manera libre y voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que intervinieron, tal como se evidencia que Colpensiones fue ajena a esa circunstancia en ningún momento asesoró o brindó información para que la demandante accediera al cambio de administradora, ya que esta se constituye en un acto libre y voluntario por parte del afiliado de cambiarse de régimen sin que el fondo en que se encuentre afiliado pueda oponerse a la decisión adoptada.

Así mismo argumentó que a la demandante le faltan menos de diez (10) años para pensionarse, por lo que se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse de régimen. Por lo que solicita absolver a COLPENSIONES de costas, toda vez que en el transcurso del proceso actuó sin temeridad y buena fe, ya que no tuvo implicaciones al acto de traslado de la demandante.

4.2. Apelación de PORVENIR S.A

Aduce que la afiliación del actor al RAIS adolece de vicio, y aún, de ser así, el mismo fue subsanado con el transcurrir del tiempo. Que, como quiera que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y está a menos de 10 años para acceder a la pensión, no es viable el traslado pregonado. Añade que la ignorancia de la ley no puede servirle de excusa al actor.

Así mismo plantea en cuanto a la devolución de los rendimientos y cuotas de administración, que los rendimientos obtenidos en la cuenta individual del demandante obedecen a la buena gestión del fondo de pensiones, los que no hubiera obtenido en el régimen de prima media con prestación definida, amén de que, si bien es cierto que el derecho a la pensión es imprescriptible, la cuota de administración no hace parte del derecho pensional, como tampoco hace parte del capital que en un momento dado será el que financie la pensión de la parte demandante, por lo que sostiene se debe estudiar la prescripción de la cuota de administración.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Concedido el término de ley a las partes para presentar los alegatos de conclusión, acude a esta superioridad COPENSIONES, esgrimiendo alegatos en el mismo sentido del recurso de alzada.

VI. CONSIDERACIONES

5.1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

5.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: **(i)** si existe nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que hiciera el accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión del fondo privado PORVENIR en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. **(ii)** De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados. **(iii)** Determinar si opera la prescripción en el caso estudiado. **(iv)** con ocasión al grado jurisdiccional de consulta examinaremos si el demandante reúne los requisitos previstos en la ley para acceder a la pensión de vejez; **(v)** de ser así, el IBL y monto de la misma; **(vi)** la condena en costas impuesta a COLPENSIONES.

5.3. NULIDAD DE LA AFILIACIÓN DEL REGIMEN PENSIONAL.

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, otrora administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**, De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.*

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger entre los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, además de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAI o RPM-, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse un real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68838, MP Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sostuvo:

“El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos

regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «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 juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

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 definitorios 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”

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su gènesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Así las cosas, la Ley 100 de 1993 ha impuesto deberes a las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social en pensiones, siendo criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral el deber en cabeza de los fondos y administradores de pensiones de brindar una información veraz, completa, comprensible, acerca de las características que ofrecen cada uno de los regímenes pensionales que nacieron con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, es la misma Sala de Casación Laboral la que dispone, en casos como este, la inversión de la carga de la prueba, recayendo en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó al demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su traslado de régimen, así se plasmó de vieja data en la SL-12136 del 03 de septiembre de 2014, radicado 46292, con ponencia de la magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, donde señaló:

“A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa.

(...)

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

En el sub examine, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que en la historia laboral consolidada generada por PORVENIR S.A, el 4 de septiembre de 2020, da a conocer que el señor JAIME ADOLFO KERGUELEN PUCHE cotizò 585 semanas al RPM, concretamente a Colpensiones (ISS) y 946 al RAIS administrado por PORVENIR S.A; igualmente se infiere que las semanas cotizadas en el RAIS lo fueron a partir del mes de septiembre de 1999. Lo anterior evidencia que en el presente asunto efectivamente existió traslado de régimen pensional por parte del accionante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PORVENIR SA, demostrar que al momento del traslado del actor le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS). No obstante, la AFP accionada no aporta ninguna prueba de la cual se observe que le dio información documental al accionante sobre las consecuencias negativas del citado traslado, no acredita haberle informado acerca del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener pensión de vejez, ni la diferencia del monto de la mesada pensional entre ambos regímenes, Por lo tanto, ha de concluirse que la AFP PORVENIR no cumplió con su deber de dar información veraz y completa al demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de nulidad del traslado efectuado.

Obligación que también ha resaltado esta Sala en sentencias como la del 29 de octubre de 2019, emitida por la Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral, dentro del proceso ordinario laboral identificado con radicado no. 23.001.31.05.004.2019-00035.01 folio 311-2019. MP Dr Marco Tulio Borja Paradas¹, en la que refirió:

“De acuerdo al literal B del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado es libre y voluntaria, empero esta libertad es cualificada, pues trátese de una libertad informada la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o

¹ Reiterada por ejemplo en sentencia del 22 de octubre de 2019 dentro del proceso radicado No. 23.001.31.05.004.2018-00325.01 FOLIO 302-2019. M.P. y en sentencia del 05 de abril de 2019 dentro de proceso radicado No. 23.001.31.05.004.2018-00192.01 FOLIO 097-2019, por la Sala Segunda del Tribunal, que preside el mismo magistrado.

traslado por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y consciencia. En ese orden de ideas les asiste a las administradoras de pensiones la carga de probar todo lo anterior, puesto que conforme al artículo 1604 del código civil la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega, sobre el particular resultan pertinentes entre otras, las sentencias SL-19447 de 2019; SL-782 de 2018; SL-12136 de 2014, SL- del 21 de noviembre de 2011 radicación 33083 y sentencia del 09 de septiembre de 2008 radicación 31989.

En el caso, solo está acreditada la suscripción de la demandante de los formatos de vinculación o traslado, empero no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido resultado de la asesoría con las características y dimensiones atrás señaladas, por consiguiente hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS.

(...)

(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.º 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.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede 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.

Así las cosas, la omisión del deber de información por parte de PORVENIR llevan a la Sala a declarar la ineficacia del traslado de régimen que hiciera el demandante el diecinueve (19) de agosto de 1999, cuyos efectos fueron citados en la sentencia SL-1689 del 08 de mayo de 2019, así:

“Se declarará la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD”

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, al tenerse que el demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado ordenar a la AFP PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual de la actora en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si lo hubiere, ello por cuanto dispone la ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé.

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir a la actora como afiliada a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco se requiere su autorización para la declaratoria de ineficacia y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

Por otra parte, respecto a la prescripción planteada por los accionados, es pertinente citar lo expuesto en la citada sentencia SL-1689 del 08, donde la M.P. Dra CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, expuso:

“En conclusión: la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)”.

Amén de lo anterior, mal podría pregonarse la prescripción de las cuotas de administración en los términos planteados por PORVENIR, pues si atendemos a los efectos de la nulidad declarada, cual es que nunca se dio el traslado de régimen de la actora y, por el contrario, ésta siempre permaneció afiliada al régimen de prima media con prestación definida, habría de concluirse que tampoco se genera el derecho de la AFP de realizar el cobro de las cuotas de administración, las cuales surgen precisamente del vínculo que pudiera existir entre ésta y el afiliado; sobre este aspecto es oportuno citar la autoridad de la Sala de Casación Laboral cuando en sentencia SL2877-2020 precisó:

“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.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP”.

5.4. PENSIÓN DE VEJEZ

Sea lo primero precisar que acreditado está en el proceso con la copia de la cédula de ciudadanía del actor, que nació el 22 de febrero de 1958, por lo que al 1° de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993, contaba con 36 años de edad, por lo que, tal como lo planteo el A-Quo, no goza del beneficio de la transición y por tanto sus pensión ha de estudiarse a la luz de la ley 797 de 2003, que en su artículo 33 prevé:

“Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1 Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

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.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes

Así las cosas, partiendo de la fecha de nacimiento del demandante, detallamos que los 62 años de edad los alcanzó el 22 de febrero de 2020, y en cuanto a las semanas mínimas requeridas, basta examinar la historia laboral allegado por PORVENIR que da cuenta de haber cotizado un total de 1.543 semanas, por lo que no hay duda cumple con los requisitos exigidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 y es merecedor de la pensión de vejez que deprecia a cargo de COLPENSIONES.

En el mismo sentido se destaca que, acorde con el número de semanas cotizadas es viable extraer el IBL acorde con todo el total de la vida laboral o los últimos diez años, por permitirlo el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el demandante supera las 1250 semanas de cotización. Realizadas las operaciones correspondientes, salta a la vista que le es más beneficioso el IBL obtenido de toda la vida laboral, tal como se desprende de la siguiente tabla:

AÑO	MES	No. DÍAS	No. SEMANAS	IBC	IPC INICIAL	IPC FINAL	SALARIO INDEXADO	SALARIO PROMEDIO
1987	SEPTIEMBRE	27	3,86	20.510	2,88	105,48	751.179	1.877
	OCTUBRE	31	4,43	20.510	2,88	105,48	751.179	2.155
	NOVIEMBRE	30	4,29	20.510	2,88	105,48	751.179	2.085
	DICIEMBRE	31	4,43	20.510	2,88	105,48	751.179	2.155
1988	ENERO	31	4,43	47.370	2,88	105,48	1.734.926	4.977
	FEBRERO	29	4,14	61.950	3,58	105,48	1.825.275	4.898
	MARZO	31	4,43	61.950	3,58	105,48	1.825.275	5.236
	ABRIL	30	4,29	61.950	3,58	105,48	1.825.275	5.067
	MAYO	31	4,43	61.950	3,58	105,48	1.825.275	5.236
	JUNIO	30	4,29	63.659	3,58	105,48	1.875.629	5.207
	JULIO	31	4,43	41.016	3,58	105,48	1.208.483	3.467
	AGOSTO	31	4,43	25.637	3,58	105,48	755.361	2.167
	SEPTIEMBRE	30	4,29	25.637	3,58	105,48	755.361	2.097
	OCTUBRE	31	4,43	25.637	3,58	105,48	755.361	2.167
	NOVIEMBRE	30	4,29	25.637	3,58	105,48	755.361	2.097
	DICIEMBRE	31	4,43	25.637	3,58	105,48	755.361	2.167
1989	ENERO	31	4,43	61.950	3,58	105,48	1.825.275	5.236
	FEBRERO	28	4,00	32.560	4,58	105,48	749.875	1.943
	MARZO	31	4,43	32.560	4,58	105,48	749.875	2.151
	ABRIL	30	4,29	32.560	4,58	105,48	749.875	2.082
	MAYO	31	4,43	32.560	4,58	105,48	749.875	2.151
	JUNIO	30	4,29	32.560	4,58	105,48	749.875	2.082
	JULIO	31	4,43	75.298	4,58	105,48	1.734.156	4.974
	AGOSTO	31	4,43	32.560	4,58	105,48	749.875	2.151
	SEPTIEMBRE	30	4,29	32.560	4,58	105,48	749.875	2.082
	OCTUBRE	31	4,43	32.560	4,58	105,48	749.875	2.151
	NOVIEMBRE	30	4,29	32.560	4,58	105,48	749.875	2.082
	DICIEMBRE	31	4,43	32.560	4,58	105,48	749.875	2.151
1990	ENERO	31	4,43	99.630	5,78	105,48	1.818.161	5.215
	FEBRERO	28	4,00	99.630	5,78	105,48	1.818.161	4.711
	MARZO	31	4,43	99.630	5,78	105,48	1.818.161	5.215
	ABRIL	30	4,29	99.630	5,78	105,48	1.818.161	5.047
	MAYO	31	4,43	99.630	5,78	105,48	1.818.161	5.215
	JUNIO	30	4,29	99.630	5,78	105,48	1.818.161	5.047
	JULIO	31	4,43	99.630	5,78	105,48	1.818.161	5.215
	AGOSTO	3	0,43	99.630	5,78	105,48	1.818.161	505
1991	ENERO	25	3,57	51.716	7,65	105,48	713.072	1.650
	FEBRERO	28	4,00	51.716	7,65	105,48	713.072	1.848
	MARZO	31	4,43	51.716	7,65	105,48	713.072	2.045
	ABRIL	30	4,29	51.716	7,65	105,48	713.072	1.979

	MAYO	31	4,43	51.716	7,65	105,48		2.045
	JUNIO	30	4,29	51.716	7,65	105,48	713.072	1.979
	JULIO	31	4,43	51.716	7,65	105,48	713.072	2.045
	AGOSTO	31	4,43	51.716	7,65	105,48	713.072	2.045
	SEPTIEMBRE	30	4,29	51.716	7,65	105,48	713.072	1.979
	OCTUBRE	31	4,43	51.716	7,65	105,48	713.072	2.045
	NOVIEMBRE	30	4,29	51.716	7,65	105,48	713.072	1.979
	DICIEMBRE	31	4,43	51.716	7,65	105,48	713.072	2.045
1992	ENERO	31	4,43	65.190	9,70	105,48	2.331.816	6.689
	FEBRERO	29	4,00	65.190	9,70	105,48	2.331.816	6.257
	MARZO	31	4,43	65.190	9,70	105,48	2.331.816	6.689
	ABRIL	30	4,29	65.190	9,70	105,48	2.331.816	6.473
	MAYO	31	4,43	65.190	9,70	105,48	2.331.816	6.689
	JUNIO	30	4,29	65.190	9,70	105,48	2.331.816	6.473
	JULIO	31	4,43	65.190	9,70	105,48	2.331.816	6.689
	AGOSTO	31	4,43	65.190	9,70	105,48	2.331.816	6.689
	SEPTIEMBRE	30	4,29	65.190	9,70	105,48	2.331.816	6.473
	OCTUBRE	31	4,43	65.190	9,70	105,48	2.331.816	6.689
	NOVIEMBRE	30	4,29	65.190	9,70	105,48	2.331.816	6.473
	DICIEMBRE	31	4,43	65.190	9,70	105,48	2.331.816	6.689
1993	ENERO	31	4,43	81.510	12,14	105,48	708.210	2.032
	FEBRERO	28	4,00	81.510	12,14	105,48	708.210	1.835
	MARZO	31	4,43	81.510	12,14	105,48	708.210	2.032
	ABRIL	30	4,29	81.510	12,14	105,48	708.210	1.966
	MAYO	31	4,43	81.510	12,14	105,48	708.210	2.032
	JUNIO	30	4,29	81.510	12,14	105,48	708.210	1.966
	JULIO	31	4,43	81.510	12,14	105,48	708.210	2.032
	AGOSTO	31	4,43	81.510	12,14	105,48	708.210	2.032
	SEPTIEMBRE	30	4,29	81.510	12,14	105,48	708.210	1.966
	OCTUBRE	31	4,43	81.510	12,14	105,48	708.210	2.032
	NOVIEMBRE	30	4,29	81.510	12,14	105,48	708.210	1.966
	DICIEMBRE	31	4,43	81.510	12,14	105,48	708.210	2.032
1994	ENERO	31	4,43	321.540	14,89	105,48	2.277.773	6.534
	FEBRERO	28	4,00	321.540	14,89	105,48	2.277.773	5.902
	MARZO	1	0,14	321.540	14,89	105,48	2.277.773	211
	MARZO	16	2,29	420.000	14,89	105,48	2.975.259	4.405
	ABRIL	30	4,29	420.000	14,89	105,48	2.975.259	8.259
	MAYO	31	4,43	420.000	14,89	105,48	2.975.259	8.535

	JUNIO	30	4,29	420.000	14,89	105,48	2.975.259	8.259
	JULIO	31	4,43	420.000	14,89	105,48	2.975.259	8.535
	AGOSTO	31	4,43	420.000	14,89	105,48	2.975.259	8.535
	SEPTIEMBRE	30	4,29	420.000	14,89	105,48	2.975.259	8.259
	OCTUBRE	31	4,43	420.000	14,89	105,48	2.975.259	8.535
	NOVIEMBRE	30	4,29	420.000	14,89	105,48	2.975.259	8.259
	DICIEMBRE	31	4,43	420.000	14,89	105,48	2.975.259	8.535
1995	ENERO	31	4,43	504.000	18,25	105,48	2.912.982	8.356
	FEBRERO	28	4,00	594.000	18,25	105,48	3.433.157	8.895
	MARZO	31	4,43	594.645	18,25	105,48	3.436.885	9.859
	ABRIL	30	4,29	504.000	18,25	105,48	2.912.982	8.086
	MAYO	31	4,43	546.150	18,25	105,48	3.156.597	9.055
	JUNIO	30	4,29	794.000	18,25	105,48	4.589.102	12.739
	JULIO	31	4,43	695.000	18,25	105,48	4.016.910	11.523
	AGOSTO	31	4,43	535.000	18,25	105,48	3.092.153	8.870
	SEPTIEMBRE	30	4,29	585.000	18,25	105,48	3.381.140	9.386
	OCTUBRE	31	4,43	757.000	18,25	105,48	4.375.253	12.550
	NOVIEMBRE	30	4,29	647.000	18,25	105,48	3.739.483	10.381
	DICIEMBRE	31	4,43	563.000	18,25	105,48	3.253.986	9.334
1996	ENERO	31	4,43	625.000	21,80	105,48	3.024.083	8.675
	FEBRERO	29	4,14	634.967	21,80	105,48	3.072.308	8.244
	MARZO	31	4,43	675.703	21,80	105,48	3.269.411	9.378
	ABRIL	30	4,29	674.530	21,80	105,48	3.263.735	9.060
	MAYO	31	4,43	646.809	21,80	105,48	3.129.606	8.977
	JUNIO	30	4,29	1.189.648	21,80	105,48	5.756.150	15.979
	JULIO	31	4,43	815.692	21,80	105,48	3.946.752	11.321
	AGOSTO	31	4,43	699.959	21,80	105,48	3.386.774	9.715
	SEPTIEMBRE	30	4,29	754.545	21,80	105,48	3.650.890	10.135
	OCTUBRE	31	4,43	837.114	21,80	105,48	4.050.403	11.619
	NOVIEMBRE	30	4,29	1.181.634	21,80	105,48	5.717.374	15.871
	DICIEMBRE	31	4,43	665.639	21,80	105,48	3.220.716	9.239
1997	ENERO	31	4,43	724.666	26,52	105,48	2.882.269	8.268
	FEBRERO	7	1,00	724.666	26,52	105,48	2.882.269	1.867
	JUNIO	30	4,29	1.250.000	26,52	105,48	4.971.719	13.801
	JULIO	31	4,43	1.250.000	26,52	105,48	4.971.719	14.261
	AGOSTO	31	4,43	1.250.000	26,52	105,48	4.971.719	14.261
	SEPTIEMBRE	30	4,29	1.250.000	26,52	105,48	4.971.719	13.801
	OCTUBRE	31	4,43	1.250.000	26,52	105,48	4.971.719	14.261

	NOVIEMBRE	30	4,29	1.250.000	26,52	105,48	4.971.719	13.801
	DICIEMBRE	31	4,43	1.250.000	26,52	105,48	4.971.719	14.261
1998	ENERO	31	4,43	1.250.000	31,21	105,48	4.224.607	12.118
	FEBRERO	28	4,00	1.250.000	31,21	105,48	4.224.607	10.946
	MARZO	31	4,43	1.490.000	31,21	105,48	5.035.732	14.445
	ABRIL	30	4,29	1.490.000	31,21	105,48	5.035.732	13.979
	MAYO	31	4,43	1.490.000	31,21	105,48	5.035.732	14.445
	JUNIO	30	4,29	1.490.000	31,21	105,48	5.035.732	13.979
	JULIO	31	4,43	1.490.000	31,21	105,48	5.035.732	14.445
	AGOSTO	31	4,43	1.490.000	31,21	105,48	5.035.732	14.445
	SEPTIEMBRE	30	4,29	1.490.000	31,21	105,48	5.035.732	13.979
	OCTUBRE	31	4,43	1.490.000	31,21	105,48	5.035.732	14.445
	NOVIEMBRE	30	4,29	1.490.000	31,21	105,48	5.035.732	13.979
	DICIEMBRE	31	4,43	1.490.000	31,21	105,48	5.035.732	14.445
1999	ENERO	31	4,43	1.490.000	36,42	105,48	4.315.354	12.379
	FEBRERO	28	4,00	2.017.000	36,42	105,48	5.841.657	15.135
	MARZO	31	4,43	1.770.000	36,42	105,48	5.126.293	14.705
	ABRIL	30	4,29	1.770.000	36,42	105,48	5.126.293	14.230
	MAYO	31	4,43	1.770.000	36,42	105,48	5.126.293	14.705
	JUNIO	30	4,29	1.770.000	36,42	105,48	5.126.293	14.230
	JULIO	31	4,43	1.770.000	36,42	105,48	5.126.293	14.705
	AGOSTO	29	4,14	1.770.000	36,42	105,48	5.126.293	13.756
	SEPTIEMBRE	30	4,29	1.770.000	36,42	105,48	5.126.293	14.230
	OCTUBRE	30	4,29	1.770.000	36,42	105,48	5.126.293	14.230
	NOVIEMBRE	30	4,29	1.770.000	36,42	105,48	5.126.293	14.230
	DICIEMBRE	30	4,29	1.770.000	36,42	105,48	5.126.293	14.230
2000	ENERO	30	4,29	1.770.000	39,79	105,48	4.692.124	13.025
	FEBRERO	30	4,29	1.770.000	39,79	105,48	4.692.124	13.025
	MARZO	30	4,29	1.965.000	39,79	105,48	5.209.053	14.460
	ABRIL	30	4,29	1.965.000	39,79	105,48	5.209.053	14.460
	MAYO	30	4,29	1.965.000	39,79	105,48	5.209.053	14.460
	JUNIO	30	4,29	1.965.000	39,79	105,48	5.209.053	14.460
	JULIO	30	4,29	1.965.000	39,79	105,48	5.209.053	14.460
	AGOSTO	30	4,29	1.506.000	39,79	105,48	3.992.281	11.082
	SEPTIEMBRE	30	4,29	1.965.000	39,79	105,48	5.209.053	14.460
	OCTUBRE	30	4,29	1.965.000	39,79	105,48	5.209.053	14.460
	NOVIEMBRE	30	4,29	1.965.000	39,79	105,48	5.209.053	14.460
	DICIEMBRE	30	4,29	1.965.000	39,79	105,48	5.209.053	14.460

2001	ENERO	30	4,29	1.965.000	43,27	105,48	4.790.113	13.297
	FEBRERO	30	4,29	1.965.000	43,27	105,48	4.790.113	13.297
	MARZO	30	4,29	1.965.000	43,27	105,48	4.790.113	13.297
	ABRIL	30	4,29	2.325.000	43,27	105,48	5.667.691	15.733
	MAYO	30	4,29	2.145.000	43,27	105,48	5.228.902	14.515
	JUNIO	30	4,29	2.145.000	43,27	105,48	5.228.902	14.515
	JULIO	30	4,29	2.145.000	43,27	105,48	5.228.902	14.515
	AGOSTO	30	4,29	2.145.000	43,27	105,48	5.228.902	14.515
	SEPTIEMBRE	30	4,29	2.295.000	43,27	105,48	5.594.560	15.530
	OCTUBRE	30	4,29	2.295.000	43,27	105,48	5.594.560	15.530
	NOVIEMBRE	30	4,29	2.295.000	43,27	105,48	5.594.560	15.530
	DICIEMBRE	30	4,29	2.295.000	43,27	105,48	5.594.560	15.530
2002	ENERO	30	4,29	2.295.000	46,58	105,48	5.197.007	14.427
	FEBRERO	30	4,29	2.295.000	46,58	105,48	5.197.007	14.427
	MARZO	30	4,29	2.479.000	46,58	105,48	5.613.674	15.583
	ABRIL	30	4,29	2.479.000	46,58	105,48	5.613.674	15.583
	MAYO	30	4,29	2.479.000	46,58	105,48	5.613.674	15.583
	JUNIO	30	4,29	2.479.000	46,58	105,48	5.613.674	15.583
	JULIO	30	4,29	2.479.000	46,58	105,48	5.613.674	15.583
	AGOSTO	30	4,29	2.479.000	46,58	105,48	5.613.674	15.583
	SEPTIEMBRE	30	4,29	2.479.000	46,58	105,48	5.613.674	15.583
	OCTUBRE	30	4,29	2.479.000	46,58	105,48	5.613.674	15.583
	NOVIEMBRE	30	4,29	2.479.006	46,58	105,48	5.613.687	15.583
	DICIEMBRE	30	4,29	2.479.000	46,58	105,48	5.613.674	15.583
2003	ENERO	30	4,29	2.479.000	49,83	105,48	5.247.540	14.567
	FEBRERO	30	4,29	2.479.000	49,83	105,48	5.247.540	14.567
	MARZO	30	4,29	2.479.000	49,83	105,48	5.247.540	14.567
	ABRIL	30	4,29	2.825.000	49,83	105,48	5.979.952	16.600
	MAYO	30	4,29	2.652.000	49,83	105,48	5.613.746	15.584
	JUNIO	30	4,29	2.652.000	49,83	105,48	5.613.746	15.584
	JULIO	30	4,29	2.210.000	49,83	105,48	4.678.122	12.986
	AGOSTO	30	4,29	2.534.000	49,83	105,48	5.363.964	14.890
	SEPTIEMBRE	30	4,29	2.652.000	49,83	105,48	5.613.746	15.584
	OCTUBRE	30	4,29	2.652.000	49,83	105,48	5.613.746	15.584
	NOVIEMBRE	30	4,29	2.652.000	49,83	105,48	5.613.746	15.584
	DICIEMBRE	30	4,29	2.652.000	49,83	105,48	5.613.746	15.584
2004	ENERO	30	4,29	2.652.000	53,07	105,48	5.271.019	14.632
	FEBRERO	30	4,29	2.652.000	53,07	105,48	5.271.019	14.632

	MARZO	30	4,29	2.851.000	53,07	105,48	5.666.544	15.730
	ABRIL	30	4,29	2.851.000	53,07	105,48	5.666.544	15.730
	MAYO	30	4,29	2.851.000	53,07	105,48	5.666.544	15.730
	JUNIO	30	4,29	2.851.000	53,07	105,48	5.666.544	15.730
	JULIO	30	4,29	2.851.000	53,07	105,48	5.666.544	15.730
	AGOSTO	30	4,29	2.851.000	53,07	105,48	5.666.544	15.730
	SEPTIEMBRE	30	4,29	2.851.000	53,07	105,48	5.666.544	15.730
	OCTUBRE	30	4,29	2.851.000	53,07	105,48	5.666.544	15.730
	NOVIEMBRE	30	4,29	2.851.000	53,07	105,48	5.666.544	15.730
	DICIEMBRE	30	4,29	2.854.200	53,07	105,48	5.672.904	15.748
2005	ENERO	30	4,29	2.851.000	55,99	105,48	5.371.021	14.910
	FEBRERO	30	4,29	2.851.000	55,99	105,48	5.371.021	14.910
	MARZO	30	4,29	3.022.000	55,99	105,48	5.693.169	15.804
	ABRIL	30	4,29	3.022.000	55,99	105,48	5.693.169	15.804
	MAYO	30	4,29	3.026.667	55,99	105,48	5.701.962	15.829
	JUNIO	30	4,29	3.022.000	55,99	105,48	5.693.169	15.804
	JULIO	30	4,29	3.022.000	55,99	105,48	5.693.169	15.804
	AGOSTO	30	4,29	3.022.000	55,99	105,48	5.693.169	15.804
	SEPTIEMBRE	30	4,29	3.022.000	55,99	105,48	5.693.169	15.804
	OCTUBRE	30	4,29	3.022.000	55,99	105,48	5.693.169	15.804
	NOVIEMBRE	30	4,29	3.022.000	55,99	105,48	5.693.169	15.804
	DICIEMBRE	30	4,29	3.022.000	55,99	105,48	5.693.169	15.804
2006	ENERO	30	4,29	3.022.000	58,70	105,48	5.430.333	15.074
	FEBRERO	30	4,29	3.022.000	58,70	105,48	5.430.333	15.074
	MARZO	5	0,71	504.000	58,70	105,48	905.655	419
	JULIO	30	4,29	3.500.000	58,70	105,48	6.289.267	17.459
	AGOSTO	30	4,29	3.488.267	58,70	105,48	6.268.184	17.400
	SEPTIEMBRE	30	4,29	3.500.000	58,70	105,48	6.289.267	17.459
	OCTUBRE	17	2,43	1.983.333	58,70	105,48	3.563.918	5.606
2007	ABRIL	30	4,29	3.500.000	61,33	105,48	6.019.566	16.710
	MAYO	30	4,29	3.500.000	61,33	105,48	6.019.566	16.710
	JUNIO	30	4,29	3.500.000	61,33	105,48	6.019.566	16.710
	JULIO	30	4,29	3.500.000	61,33	105,48	6.019.566	16.710
	AGOSTO	30	4,29	3.500.000	61,33	105,48	6.019.566	16.710
	SEPTIEMBRE	30	4,29	3.500.000	61,33	105,48	6.019.566	16.710
	OCTUBRE	30	4,29	3.500.000	61,33	105,48	6.019.566	16.710
	NOVIEMBRE	30	4,29	3.500.000	61,33	105,48	6.019.566	16.710
	DICIEMBRE	30	4,29	3.500.000	61,33	105,48	6.019.566	16.710

2008	ENERO	30	4,29	3.500.000	64,82	105,48	5.695.464	15.810
	FEBRERO	30	4,29	3.500.000	64,82	105,48	5.695.464	15.810
	MARZO	30	4,29	3.500.000	64,82	105,48	5.695.464	15.810
	JULIO	30	4,29	461.500	64,82	105,48	750.988	2.085
	AGOSTO	30	4,29	923.000	64,82	105,48	1.501.975	4.169
	SEPTIEMBRE	30	4,29	461.500	64,82	105,48	750.988	2.085
	NOVIEMBRE	30	4,29	461.500	64,82	105,48	750.988	2.085
	DICIEMBRE	30	4,29	461.500	64,82	105,48	750.988	2.085
2009	ENERO	30	4,29	461.500	69,80	105,48	697.407	1.936
	FEBRERO	30	4,29	497.000	69,80	105,48	751.054	2.085
	MARZO	30	4,29	497.000	69,80	105,48	751.054	2.085
	ABRIL	30	4,29	497.000	69,80	105,48	751.054	2.085
	MAYO	30	4,29	497.000	69,80	105,48	751.054	2.085
	JUNIO	30	4,29	497.000	69,80	105,48	751.054	2.085
	JULIO	30	4,29	497.000	69,80	105,48	751.054	2.085
	AGOSTO	30	4,29	497.000	69,80	105,48	751.054	2.085
	SEPTIEMBRE	30	4,29	497.000	69,80	105,48	751.054	2.085
	OCTUBRE	30	4,29	497.000	69,80	105,48	751.054	2.085
	NOVIEMBRE	30	4,29	497.000	69,80	105,48	751.054	2.085
	DICIEMBRE	30	4,29	497.000	69,80	105,48	751.054	2.085
2010	ENERO	30	4,29	497.000	71,20	105,48	736.286	2.044
	FEBRERO	30	4,29	515.000	71,20	105,48	762.952	2.118
	MARZO	30	4,29	515.000	71,20	105,48	762.952	2.118
	ABRIL	30	4,29	515.000	71,20	105,48	762.952	2.118
	MAYO	30	4,29	515.000	71,20	105,48	762.952	2.118
	JUNIO	30	4,29	515.000	71,20	105,48	762.952	2.118
	JULIO	30	4,29	515.000	71,20	105,48	762.952	2.118
	AGOSTO	30	4,29	515.000	71,20	105,48	762.952	2.118
	SEPTIEMBRE	30	4,29	515.000	71,20	105,48	762.952	2.118
	OCTUBRE	30	4,29	515.000	71,20	105,48	762.952	2.118
	NOVIEMBRE	30	4,29	515.000	71,20	105,48	762.952	2.118
	DICIEMBRE	30	4,29	515.000	71,20	105,48	762.952	2.118
2011	ENERO	30	4,29	515.000	73,45	105,48	739.581	2.053
	FEBRERO	30	4,29	536.000	73,45	105,48	769.738	2.137
	MARZO	30	4,29	536.000	73,45	105,48	769.738	2.137
	ABRIL	30	4,29	3.536.000	73,45	105,48	5.077.975	14.096
	MAYO	30	4,29	3.536.000	73,45	105,48	5.077.975	14.096
	JUNIO	30	4,29	3.000.000	73,45	105,48	4.308.237	11.960

	JULIO	30	4,29	3.000.000	73,45	105,48	4.308.237	11.960
	AGOSTO	30	4,29	3.000.000	73,45	105,48	4.308.237	11.960
	SEPTIEMBRE	30	4,29	3.000.000	73,45	105,48	4.308.237	11.960
	OCTUBRE	30	4,29	3.000.000	73,45	105,48	4.308.237	11.960
	NOVIEMBRE	30	4,29	3.000.000	73,45	105,48	4.308.237	11.960
	DICIEMBRE	30	4,29	3.000.000	73,45	105,48	4.308.237	11.960
2012	ENERO	30	4,29	3.000.000	76,19	105,48	4.153.301	11.529
	FEBRERO	30	4,29	3.000.000	76,19	105,48	4.153.301	11.529
	MARZO	30	4,29	3.397.000	76,19	105,48	4.702.921	13.055
	ABRIL	30	4,29	3.000.000	76,19	105,48	4.153.301	11.529
	MAYO	30	4,29	3.000.000	76,19	105,48	4.153.301	11.529
	NOVIEMBRE	30	4,29	1.000.000	76,19	105,48	1.384.434	3.843
	DICIEMBRE	30	4,29	1.000.000	76,19	105,48	1.384.434	3.843
2013	ENERO	30	4,29	1.000.000	78,05	105,48	1.351.441	3.752
	FEBRERO	30	4,29	1.000.000	78,05	105,48	1.351.441	3.752
	MARZO	30	4,29	1.000.000	78,05	105,48	1.351.441	3.752
	ABRIL	30	4,29	1.000.000	78,05	105,48	1.351.441	3.752
	MAYO	30	4,29	1.000.000	78,05	105,48	1.351.441	3.752
	JUNIO	30	4,29	2.000.000	78,05	105,48	2.702.883	7.503
	JULIO	30	4,29	2.000.000	78,05	105,48	2.702.883	7.503
	AGOSTO	30	4,29	2.000.000	78,05	105,48	2.702.883	7.503
	SEPTIEMBRE	30	4,29	2.000.000	78,05	105,48	2.702.883	7.503
	OCTUBRE	30	4,29	2.000.000	78,05	105,48	2.702.883	7.503
	NOVIEMBRE	30	4,29	2.000.000	78,05	105,48	2.702.883	7.503
	DICIEMBRE	30	4,29	2.000.000	78,05	105,48	2.702.883	7.503
2014	ENERO	30	4,29	2.000.000	79,56	105,48	2.651.584	7.361
	FEBRERO	30	4,29	2.000.000	79,56	105,48	2.651.584	7.361
	MARZO	30	4,29	2.000.000	79,56	105,48	2.651.584	7.361
	ABRIL	30	4,29	2.000.000	79,56	105,48	2.651.584	7.361
	MAYO	30	4,29	2.000.000	79,56	105,48	2.651.584	7.361
	JUNIO	30	4,29	2.000.000	79,56	105,48	2.651.584	7.361
	JULIO	30	4,29	2.000.000	79,56	105,48	2.651.584	7.361
	AGOSTO	30	4,29	2.000.000	79,56	105,48	2.651.584	7.361
	SEPTIEMBRE	30	4,29	616.000	79,56	105,48	816.688	2.267
	OCTUBRE	30	4,29	616.000	79,56	105,48	816.688	2.267
	NOVIEMBRE	30	4,29	616.000	79,56	105,48	816.688	2.267
	DICIEMBRE	30	4,29	616.000	79,56	105,48	816.688	2.267
2015	ENERO	30	4,29	644.000	82,47	105,48	823.683	2.287

2016	FEBRERO	30	4,29	644.350	82,47	105,48	824.130	2.288
	MARZO	30	4,29	644.350	82,47	105,48	824.130	2.288
	ABRIL	30	4,29	644.350	82,47	105,48	824.130	2.288
	MAYO	30	4,29	689.455	88,05	105,48	825.937	2.293
	JUNIO	30	4,29	689.455	88,05	105,48	825.937	2.293
	JULIO	30	4,29	689.455	88,05	105,48	825.937	2.293
	AGOSTO	30	4,29	689.455	88,05	105,48	825.937	2.293
	SEPTIEMBRE	30	4,29	689.455	88,05	105,48	825.937	2.293
	OCTUBRE	30	4,29	689.455	88,05	105,48	825.937	2.293
	NOVIEMBRE	30	4,29	689.455	88,05	105,48	825.937	2.293
	DICIEMBRE	30	4,29	737.717	88,05	105,48	883.752	2.453
2017	ENERO	30	4,29	737.717	93,11	105,48	835.725	2.320
	FEBRERO	30	4,29	737.717	93,11	105,48	835.725	2.320
	MARZO	30	4,29	737.717	93,11	105,48	835.725	2.320
	ABRIL	30	4,29	737.717	93,11	105,48	835.725	2.320
	MAYO	30	4,29	737.717	93,11	105,48	835.725	2.320
	JUNIO	30	4,29	737.717	93,11	105,48	835.725	2.320
	JULIO	30	4,29	737.717	93,11	105,48	835.725	2.320
	AGOSTO	30	4,29	737.717	93,11	105,48	835.725	2.320
	SEPTIEMBRE	30	4,29	737.717	93,11	105,48	835.725	2.320
	OCTUBRE	30	4,29	737.717	93,11	105,48	835.725	2.320
	NOVIEMBRE	30	4,29	737.717	93,11	105,48	835.725	2.320
	DICIEMBRE	30	4,29	737.717	93,11	105,48	835.725	2.320
2018	ENERO	30	4,29	781.242	96,92	105,48	850.241	2.360
	FEBRERO	30	4,29	781.242	96,92	105,48	850.241	2.360
	MARZO	30	4,29	781.242	96,92	105,48	850.241	2.360
	ABRIL	30	4,29	781.242	96,92	105,48	850.241	2.360
	MAYO	30	4,29	781.242	96,92	105,48	850.241	2.360
	JUNIO	30	4,29	781.242	96,92	105,48	850.241	2.360
	JULIO	30	4,29	781.242	96,92	105,48	850.241	2.360
	AGOSTO	30	4,29	781.242	96,92	105,48	850.241	2.360
	SEPTIEMBRE	30	4,29	781.242	96,92	105,48	850.241	2.360
	OCTUBRE	30	4,29	781.242	96,92	105,48	850.241	2.360
	NOVIEMBRE	30	4,29	781.242	96,92	105,48	850.241	2.360
	DICIEMBRE	30	4,29	781.242	96,92	105,48	850.241	2.360
2019	ENERO	30	4,29	828.116	100,00	105,48	873.497	2.425
	FEBRERO	30	4,29	828.116	100,00	105,48	873.497	2.425
	MARZO	30	4,29	828.116	100,00	105,48	873.497	2.425

	ABRIL	30	4,29	828.116	100,00	105,48	873.497	2.425
	MAYO	30	4,29	828.116	100,00	105,48	873.497	2.425
	JUNIO	30	4,29	828.116	100,00	105,48	873.497	2.425
	JULIO	30	4,29	828.116	100,00	105,48	873.497	2.425
	AGOSTO	30	4,29	828.116	100,00	105,48	873.497	2.425
	SEPTIEMBRE	30	4,29	828.116	100,00	105,48	873.497	2.425
	OCTUBRE	30	4,29	828.116	100,00	105,48	873.497	2.425
	NOVIEMBRE	30	4,29	828.116	100,00	105,48	873.497	2.425
	DICIEMBRE	30	4,29	828.116	100,00	105,48	873.497	2.425
2020	ENERO	30	4,29	877.803	103,80	105,48	892.010	2.476
	FEBRERO	30	4,29	877.803	103,80	105,48	892.010	2.476
	MARZO	30	4,29	877.803	103,80	105,48	892.010	2.476
	ABRIL	30	4,29	877.803	103,80	105,48	892.010	2.476
	MAYO	30	4,29	877.803	103,80	105,48	892.010	2.476
	JUNIO	30	4,29	877.803	103,80	105,48	892.010	2.476
	JULIO	30	4,29	877.803	103,80	105,48	892.010	2.476
	AGOSTO	30	4,29	877.803	103,80	105,48	892.010	2.476
	SEPTIEMBRE	30	4,29	877.803	103,80	105,48	892.010	2.476
	OCTUBRE	30	4,29	877.803	103,80	105,48	892.010	2.476
	10807	1543,71				IBL	\$	2.927.007

Así las cosas, partiendo del IBL más favorable, en aras de obtener la tasa de reemplazo y el monto de la pensión, es viable acudir al inciso 3° del artículo 33 de la ley 100 de 1993, obteniendo los siguientes resultados al reemplazar la fórmula:

$$r = 65.50 - 0.50 * 3.33$$

$$r = 65.50 - 1.66$$

$$r = 63.84$$

Ahora bien, partiendo de las 1.300 semanas de cotización mínimas exigidas por la ley para el año 2020, se procede a incrementarlas en el 1.5% por cada 50 semanas adicionales, y dado que el demandante cuenta con 200 semanas adicionales, hay lugar a incrementar el monto en un 6.0%. Por tanto, a partir de los primeros 63.84%, a los que sumamos el 6.0% adicional, arroja una tasa de reemplazo de 69.84%, que al ser aplicada sobre el IBL, nos da como valor de la pensión la suma de **\$2.044.222,00.**

En lo atinente al disfrute de la prestación, tal como lo concluyó el fallador de primera instancia, es indispensable la desafiliación o retiro del sistema, u otras actitudes del afiliado que den cuenta de su intención de desafiliarse, como por ejemplo cesar en las cotizaciones o elevar la solicitud de reconocimiento pensional, ambas cosas no se acreditan en el plenario, por lo que se torna acertada la decisión tomada en el sentido de que el disfrute solo podrá hacerse efectivo una vez el demandante se desafilie del sistema pensional, ello, sin lugar a dudas, da al traste con el retroactivo pensional y los intereses moratorios invocados, pues no estamos ante una negativa de reconocimiento pensional por parte de COLPENSIONES.

5.5. CONDENA EN COSTAS.

Finalmente, se duele COLPENSIONES de la condena en costas impuestas en primera instancia, no obstante, acorde con lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 366 del CGP, atendiendo a que dicha administradora se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito, obteniendo decisiones desfavorables, acertada resulta la condena en costas impuestas por el A-Quo.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que fue acertada la decisión tomada por el fallador de primera instancia y por ello habrá de confirmarse la sentencia apelada.

5.4. COSTAS.

No se impondrán costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por cuanto la consulta se surte a su favor, ni en contra de PORVENIR por cuanto no hubo réplica en esta instancia.

VI. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en mérito de lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23-001-31-05-001-2019-0370-01 FOLIO 050-21

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, AGOSTO VEINTE (20) DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Desata el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES contra la sentencia pronunciada en audiencia del 6 de octubre del 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por SILVIA MARINA SOTO ROMERO en representación de su menor hija MARÌA JOSÈ DIAZ SOTO, contra la entidad recurrente, además de desatarse el grado jurisdiccional de consulta por ser la sentencia adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pretende la parte actora se declare que al momento del fallecimiento del finado GABRIEL FRANCISCO DÌAZ GÒNZALEZ, èste dejó causada su pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 de 1990, al cotizar 500 semanas; que la menor hija de la actora, MARÌA JOSÈ DÌAZ SOTO, tiene derecho a que la accionada le reconozca la pensión de sobreviviente generada con el deceso de su padre, el finado GABRIEL FRANCISCO DÌAZ GÒNZALEZ, acorde con lo dispuesto en el ordinal "C" del artículo 13 de la Ley 797 de 2003; se condene a COLPENSIONES a pagar a favor de la menor las mesadas pensionales causadas desde el momento en que su finado padre generò el

derecho al disfrute de la pensión de vejez, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las costas y agencias en derecho. Como fundamento de sus pretensiones precisa:

1.1. Que el finado GABRIEL FRANCISCO DÌAZ GÒNZALEZ cotizò para los riesgos de vejez, invalidez y muerte al extinto ISS desde el 18 de septiembre de 1989 al 30 de junio de 2003, para un total de 566 semanas cotizadas.

1.2. Que el deceso del finado nació el 20 de junio de 1943, por lo que al mismo día y mes del año 2003 alcanzò los 60 años de edad.

1.3. Que la demandada mediante Resolución Número 195 de 2004 le reconoció al finado DÌAZ GONZÀLEZ una indemnización sustitutiva de pensión de vejez en la suma de \$3'944.232,00

1.4. Que el señor GABRIEL FRANCISCO DÌAZ GONZÀLEZ falleció en la ciudad de Planeta Rica el 7 de marzo de 2019, por lo que la señora SILVIA MARIA SOTO ROMERO en representación de su menor hija MARÌA JOSÈ DÌAZ SOTO, mediante escrito del 24 de septiembre de 2019 solicitò a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de su hija.

1.5. Que mediante Resolución Sub 301816 del 31 de octubre de 2019 la accionada negó la pensión de sobreviviente bajo el argumento de que al finado se le tuvieron en cuenta las semanas cotizadas para el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte accionada, da respuesta a la misma admitiendo los hechos, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo como excepciones de mérito la falta buena fe, prescripción, inexistencia de las obligaciones e improcedencia de intereses moratorios.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, concentradas y, en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

El Juzgado en primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda y condenó a COLPENSIONES a reconocer pagar a la menor hija de la demandante pensión de sobreviviente a partir del 7 de marzo de 2019 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementada anualmente; el pago de la suma de \$18'549.798,00 por concepto de retroactivo pensional causado desde la fecha de reconocimiento de la prestación hasta el 30 de septiembre de 2020; el pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; declaró no probadas las excepciones deprecadas por la accionada, absolvió de las demás pretensiones y condena en costas a COLPENSIONES, fijando las agencias en derecho en la suma de una salario mínimo legal mensual vigente.

Planteo el A-Quo que estaba debidamente acreditado que el finado cotizó al ISS del 18 de septiembre de 1989 al 31 de agosto de 2003, que falleció el 7 de marzo de 2019 y que el ISS le reconoció indemnización sustitutiva de pensión de vejez; así mismo que la actora elevó petición de pensión de sobreviviente el 24 de septiembre de 2019. Indicó, conforme a diversos precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral que citó, que la norma aplicable a la pensión de sobreviviente es la vigente a la fecha del deceso, para el caso los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003; no obstante consideró que para el caso se tornaba irrelevante el requisito de las 50 semanas mínimas de cotización dentro de los tres años anteriores al deceso, por cuanto la parte actora aduce el finado dejó causado el derecho a la pensión de vejez a las luces del Acuerdo 049 de 1990.

Así, partiendo de que el afiliado era beneficiario del régimen de transición, procedió a examinar los requisitos impuestos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, encontró el fallador que el finado dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, es decir 60 años de edad, alcanzó 566 semanas de cotización, cumpliendo el requisito impuesto en la norma para acceder a la pensión de vejez, sin que la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que le fuera reconocida imposibilitara el reconocimiento pensional, lo que soportó en otros precedentes jurisprudenciales.

Para efectos de obtener el IBL aplicó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que al actor le hacían falta menos de 10 años para alcanzar la pensión a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y luego de las operaciones aritméticas concluyó que, aplicando la tasa de reemplazo del 48%, la pensión sería inferior al salario mínimo legal mensual vigente, concediéndola en esta última suma.

En cuanto al retroactivo pensional adujo no estar acreditado con prueba alguna que el finado haya pedido la pensión de vejez a la accionada, lo que imposibilitaría reconocer retroactivo a favor del causante con ocasión a esa prestación, amèn de que el artículo 13 del mismo Acuerdo 049 diferencia la causación con el disfrute de la pensión de vejez, no obstante lo concedió a partir del reconocimiento de la pensión de sobreviviente, es decir, desde el deceso del afiliado, sin que operase la prescripción de las mesadas.

Dilucidado lo anterior, concluyò que el registro civil de nacimiento de la menor evidencia su parentesco con el causante, y que su edad no supera la edad de 10 años, otorgándole la condición de beneficiaria de la pensión de sobreviviente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES planteo su inconformidad con el fallo de primera instancia y pidió se revise por esta superioridad el cumplimiento de los requisitos para conceder la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, de donde emanò la pensión de sobrevivientes, aunado a que reiterò la incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva que le fue concedida al finado con la pensión de vejez deprecada.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte apelante **COLPENSIONES**, reiterò en esta instancia los argumentos que le sirvieron de soporte al recurso de alzada, es decir, la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que le fue reconocida al finado padre de la menor, con la pensión que fuera concedida por el fallador de primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico a resolver

Se ha de advertir desde ya que no es materia de discusión que al finado GABRIEL FRANCISCO DÌAZ GONZÀLEZ le fue concedida una indemnización sustitutiva de pensión de vejez por el ISS mediante Resolución Nùmero 195 de 2004, pues así se dejó consignado en la Resolución Número SUB 301816 del 31 de octubre de 2019 por medio de la cual se negó la pensión de sobreviviente invocada por la accionante, y que fue allegada al expediente; así mismo se encuentra debidamente acreditado que el referido señor falleció el 7 de marzo de 2019 acorde con el certificado de defunción obrante al plenario; indiscutible igualmente el parentesco de padre e hija existente entre el finado y la menor MARÌA JOSÈ DÌAZ SOTO del que da cuenta el registro civil de nacimiento allegado al proceso, el que ademàs acredita que la menor nació el 5 de enero de 2010. En aras de atender el recurso de alzada propuesto por COLPENSIONES, habrá de determinarse, **i)** si resulta incompatible el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez con la pensión de sobrevivientes que deprecia la parte demandante; y en atención al grado jurisdiccional de consulta **ii)** si es procedente reconocer pensión de sobreviviente a la hija de la accionante, bajo el argumento de que su finado padre dejó causado el derecho a la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990; **iii)** de ser así, examinar la procedencia de retroactivo pensional o si opera la prescripción; **iv)** la condena por intereses moratorios.

3. Consideraciones.

Acerca de la compatibilidad, o no, de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que le fue reconocida en vida al señor DÌAZ GÒNZALEZ, con la pensión de sobrevivientes que hoy se persigue, resulta oportuno citar la autoridad de la Sala de Casaciòn Laboral que en sentencia SL 2843 del 23 de junio de 2021, Radicado 88688, MP Dr Fernando Castillo Cadena, precisò sobre el tema:

“Ahora bien, resta por definir si la circunstancia de que el afiliado hubiera recibido en vida el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, impedía a sus beneficiarios obtener la prestación por muerte acá reclamada, que fue la razón esgrimida por el juez de primera instancia para negar el derecho.

En tal sentido es menester remitirse a lo señalado por esta Sala de Casación, en la decisión mayoritaria CSJ SL1416-2019, así:

También es oportuno recordar que la jurisprudencia de esta Sala de la Corte tiene adoctrinado que el hecho de que al afiliado fallecido se le hubiera reconocido en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no impide que sus beneficiarios reciban la pensión de sobrevivientes, como se ha dicho, entre otras, en la sentencia CSJ SL, 25 mar. 2009, rad. 34014 y, más recientemente, en la CSJ SL372-2013, en donde se adoctrinó:

(...) la Corte definirá si los beneficiarios de un afiliado que fallece, pierden o no el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes, por la circunstancia de haber recibido aquel la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Para la Corte, ninguna razón válida existe para negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios del causante, pretextando el hecho de que a éste, le fue reconocida en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en la medida en que no se trata de la misma contingencia respecto de la cual se canceló la suma indemnizatoria.

En un caso diferente, donde se pretendía el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, no obstante que el afiliado había recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pero que se acomoda al caso objeto de estudio, la Sala en sentencia del 20 de noviembre de 2007, radicación 30123, al fijar el alcance del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, precisó:

“si bien es cierto que de conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, están excluidos del Seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, entre otras, las personas que “hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común”, ello no debe entenderse que dentro de ese grupo se encuentren aquellos con posibilidades de beneficiarse con una pensión por riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva.

“Más bien, frente a la comentada norma, lo que es pertinente afirmar es que quien recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, estaría excluido del seguro social obligatorio por esa misma contingencia, pues a nada se opone que un afiliado, que no reunió en su debido momento los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y por ende se le cancele la citada indemnización, pueda seguir asegurado para otro tipo de contingencias, como la invalidez, situación que fue la que aconteció en el presente asunto.

“Resulta contrario a los más altos postulados de justicia, que una persona que reúne los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en las normativas que gobiernan su situación para el momento en que se estructuró su condición de inválida, pierda tal beneficio económico por la sola circunstancia de que otrora se le negó la pensión de vejez, por no haber cumplido los requisitos de semanas cotizadas, pues se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y con exigencias disímiles.

“Además, advierte la Sala, que proceder en la forma como lo sugiere el ISS, conduce, ni más ni menos, a que un trabajador pese a no llenar las exigencias legales para cubrir un riesgo (vejez), y satisfacer los requisitos para otro (invalidez), como aquí ocurre, pierda el cubrimiento de ésta última contingencia, porque ello sería tanto como prohijar un total y absoluto desamparo, con flagrante desconocimiento, no sólo de aquellos principios que irradian el derecho a la Seguridad Social (art. 48 de la C.P.), sino además su desarrollo legal, o del Sistema de Seguridad Social integral, como son la solidaridad, universalidad, integralidad, participación, unidad y eficiencia.

“En verdad, una exégesis restrictiva en ese sentido, significaría desconocer la no querida probabilidad de que quien recibe una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no pueda invalidarse más adelante, sumándole la desprotección del Sistema frente a ese infortunio que, no puede ignorarse, le impide al inválido procurar su propio sustento, ante la pérdida de su capacidad laboral en el porcentaje previsto en la Ley.

“Adicionalmente, de la lectura al artículo 49 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no surge incompatibilidad alguna entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que recibió el actor en su debido

momento, y la pensión de invalidez que reclama, dada la incapacidad que le sobrevino con posterioridad al cumplimiento de los 60 años de edad.'

En las condiciones que anteceden, la indemnización que se le canceló al afiliado en el sub judice, es como su mismo nombre lo indica, "sustitutiva de la pensión de vejez", esto es, sustituye esa prestación concretamente (pensión de vejez) y no las otras contingencias que también ampara el sistema, como la invalidez y la muerte, por lo que resulta equivocado el razonamiento del Tribunal cuando para negar el derecho pretendido, textualmente expresa, que 'en el momento en que el causante recibió la indemnización sustitutiva, "se gastó" las semanas que tenía para cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte de origen común.'

A juicio de la Corporación, cuando un afiliado al ISS, le aporte más de 300 semanas antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993, y fallece en vigencia del artículo 46 de esta normativa, sin duda alguna, acorde con el principio de la condición más beneficiosa, sus causahabientes no pierden el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes conforme a lo previsto por los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990. Así se ha sostenido en innumerables fallos, entre otros, en el del 14 de julio de 2005, radicación 25090."

De lo expuesto, se deriva que la circunstancia de que el causante hubiera recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por no contar con los requisitos mínimos previstos para acceder a dicha prestación, no impide a sus beneficiarios acceder a la pensión de sobrevivientes por tratarse de contingencias diferentes".

Acorde con lo expuesto, acertó el A-Quo al plantear la compatibilidad de la pensión de sobrevivientes que se depreca en el caso estudiado, con la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que en su momento le fue concedida a GABRIEL FRANCISCO DÍAZ GONZÁLEZ, pues como lo esgrime la Corte, la indemnización otorgada sustituye la pensión de vejez más no las demás contingencias que ampara el sistema pensional, es decir, estamos ante contingencias diversas y no excluyentes.

Esclarecido lo anterior, pasemos a determinar si resulta procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes bajo el argumento de que el finado dejó causado su derecho pensional en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, para ello es imperioso resaltar que ha sido criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el que, la pensión de sobrevivientes debe ser estudiado a la luz de la normatividad que se encontraba vigente a la fecha del deceso del afiliado o pensionado, así lo precisó, entre otras, en la sentencia del 07 de julio de 2010, expediente 38836, con ponencia del Magistrado Dr. Eduardo López Villegas, criterio que se ha mantenido pacífico al día de hoy, donde se indicó:

"Se ha de precisar que como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, la regla general es que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado. Esto es así, porque la pensión de sobrevivientes tal como fue consagrada en el sistema general de pensiones y antes en los reglamentos del seguro social, es un derecho autónomo que nace o se estructura con la muerte del afiliado o pensionado, y por ende es la normatividad que rige en ese momento, la que gobierna el derecho que así se consolida".

Partiendo entonces del registro civil de defunción arrimado al proceso, que da cuenta del deceso de GABRIEL FRANCISCO DÌAZ GONZÀLEZ el 7 de marzo de 2019, ha de concluirse que la pensión de sobrevivientes aquí invocada debe regirse por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modifican los artículos 46 y 47 de la originaria Ley 100 de 1993, normas que precisan los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes y los beneficiarios de la misma, respectivamente.

Asì, el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 indica que *“Tendrán derecho a la pensión de sobreviviente:*

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando èste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.*

Pero la norma añade en su paràgrafo 1º: *“Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2º de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobreviviente, en los tÈrminos de esta ley”*

Si examinamos las circunstancias que rodean el asunto estudiado, evidenciamos de la historia laboral arrimada al plenario y que da cuenta de las semanas cotizadas por el finado DÌAZ GONZÀLEZ al régimen de prima media con prestación definida, que sus aportes al sistema de pensiones abarcaron un período del 18 de septiembre de 1989 al 30 de junio de 2003, lo que deja al descubierto que no se cumplen los requisitos impuestos en el numeral 2º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 anunciado.

Ahora bien, aludió la parte actora en sus alegatos de conclusión citados en primera instancia la aplicabilidad del principio de la condición más beneficiosa, siendo oportuno citar lo expuesto por la Sala de Casación Laboral en reiterados precedentes, donde ha precisado que, atendiendo al principio de la condición más beneficiosa, es viable aplicar la norma inmediatamente anterior a la vigente a la fecha del deceso en aras de obtener la pensión de sobreviviente, pero en ningún caso le es dable al fallador hacer un ejercicio històrico en aras de aplicar una norma que se ajuste a las circunstancias del petente y le permite acceder a la

pensión deprecada; así las cosas, en el caso estudiado, dado que la norma vigente a la fecha del deceso del finado lo era la Ley 797 de 2003, en aras de la condición más beneficiosa podría estudiarse la prestación a la luz de la originaria Ley 100 de 1993, que exige más no en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, como se invoca en la demanda.

Sobre este tópico se pronunció la Sala de Casación Laboral dentro de un asunto de similares circunstancias al que nos ocupa, en sentencia **SL 2429** del 2 de junio de 2021, Radicado 87635, MP Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, advirtiendo:

¿ES JURÍDICAMENTE POSIBLE APLICAR ULTRA ACTIVAMENTE LAS DISPOSICIONES DEL ACUERDO 049 DE 1990 A EFECTOS DE CONCEDER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA?

En el caso de la prestación de sobrevivientes, la institución de la condición más beneficiosa protege las expectativas legítimas de los beneficiarios de un afiliado al sistema general de pensiones que fallece, siempre que haya cotizado la densidad de semanas establecidas en la ley anterior para cubrir tal contingencia, pero cuyo hecho generador -la muerte- ocurre en vigencia de la normativa posterior.

Así, frente a la aplicación de dicho principio, esta Sala ha reiterado que no es viable acudir a la plus ultractividad de la ley, esto es, hacer una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del de cuius o cuál resulta ser más favorable, pues con ello se desconoce que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro.

Esta ha sido la postura de la Sala expuesta en varias providencias, entre otras, CSJ SL17768-2016, CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016, CSJ SL14881-2016, CSJ SL15612-2016, CSJ SL15617-2016, CSJ SL15960-2016, CSJ SL15965-2016, CSJ SL 1689-2017, CSJ SL1090-2017, CSJ SL2147-2017, CSJ SL353-2018, CSJ SL4020-2019, CSJ SL409-2020 y CSJ SL184-2021.

En tal contexto, no es dable acceder a las súplicas que elevó la recurrente relativas a otorgar la prestación pretendida con fundamento en los requisitos dispuestos para la pensión de sobrevivientes en el Acuerdo 049 de 1990, pues ello no tiene cabida ni siquiera bajo el supuesto de acudir al principio de favorabilidad que contempla el artículo 53 de la Constitución Política, porque su mandato parte de la existencia de duda en la aplicación o interpretación de normas vigentes, lo que no ocurre en este asunto.

Además, estos saltos hacia el pasado, en búsqueda de una norma que se amolde a las circunstancias individuales de los afiliados o beneficiarios, con independencia de si fue derogada hace más de 20 años, ponen en vilo el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al conceder pensiones por el fallecimiento de personas que no cotizaron por más de una década o que no realizaron un esfuerzo sostenido en la construcción de una pensión.

Aunado a que, de aceptarse dicha tesis, se entraría en profunda contradicción con los ajustes que hizo el legislador en las políticas laborales, sociales y económicas para cumplir con el principio de sostenibilidad financiera (artículo 48 Superior), que permite que más personas puedan acceder próximamente a una prestación a título de pensión.

Y es que la aplicación de las mencionadas reglas puede alterar la estabilidad y las proyecciones financieras sobre las que se ha diseñado el sistema de protección social, y comprometer la realización de los derechos de las generaciones futuras. Por este motivo, la concesión de las pensiones debe sujetarse al cumplimiento estricto de cada una de las condiciones exigidas por las leyes para su causación y pago.

Igualmente, ha de tenerse presente que esta Sala de la Corte ha adoctrinado que la aplicación del principio de la condición más beneficiosa tiene, las siguientes

particularidades: (i) no es absoluta ni atemporal; (ii) procede en caso de cambio normativo, y (iii) permite acudir a la disposición inmediatamente anterior a la vigente al momento del fallecimiento, si el afiliado aportó la densidad de semanas requeridas para el reconocimiento del derecho pensional.

Así, en recientes sentencias CSJ SL1884-2020 y CSJ SL1938-2020, reiteradas en la CSJ SL2547-2020, esta Corporación sostuvo, que:

[...] La característica relativa a que no es absoluto e ilimitado en el tiempo, significa que no puede utilizarse para garantizar la perpetuidad de un régimen que en un tiempo pretérito estuvo vigente y le era aplicable a un sujeto o a un grupo de personas, dado que, bien comprendido, su ámbito de aplicación se orienta a conservar un régimen normativo anterior, cuando quiera que el titular haya cumplido una condición relevante del mismo que, si bien no es definitiva para adquirir el derecho, juega un rol fundamental en su consolidación.

En este sentido, la condición más beneficiosa se sitúa en un lugar más allá de la simple expectativa para ubicarse en el concepto de expectativa legítima tutelable por el ordenamiento jurídico, en la medida en que no desconoce y ampara la consolidación de una exigencia relevante, que si bien no es suficiente para alcanzar el derecho en tanto no se ha cumplido otra condición ulterior, sí genera la confianza fundada que el régimen en que estaba incurso y en el que cumplió algunos presupuestos, será respetado.

Sin embargo, su aplicación no puede ser irrestricta al punto de petrificar la legislación e impedir la puesta en marcha de reformas sociales de interés general, de las cuales dependa la realización y efectividad de los derechos de la comunidad o la supervivencia de instituciones y prestaciones fundamentales para la sociedad. En otras palabras, su aplicación debe ser razonable y proporcional, a fin de no lesionar o comprometer severamente otros derechos de interés público y social.

En esta dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 4 dic. 1995, rad. 7964 indicó que este postulado «no es absoluto y en manera alguna conduce al anquilosamiento de la normatividad laboral, pues de lo que se trata es de proteger al trabajador que construye su vida y la de su familia alrededor de unas expectativas económicas y jurídicas generadas en su propia labor, de manera que un cambio desfavorable de esas expectativas sólo (sic) es humana y jurídicamente admisible, cuando en cada caso concreto medien serias circunstancias justificantes, verbigracia el interés general reconocido (...)».

De ahí, que el delimitar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa a la norma inmediatamente anterior sirve a varios propósitos:

(i) Si la potestad de configuración de un sistema pensional permite al legislador introducir cambios a fin de garantizar los principios y objetivos del sistema, no tiene sentido mantener en el tiempo disposiciones anteriores, puesto que ello haría nugatorios todos los propósitos económicos y sociales que pretenden lograrse con una reforma.

(ii) Si los regímenes de transición, en esencia, siempre son temporales, no hay razón alguna que justifique que la aplicación del principio de condición más beneficiosa deba mantenerse indefinidamente en el tiempo, así bajo su vigencia se haya dado inicio o se hayan efectuado cotizaciones para obtener el amparo que se pretende.

(iii) Tal restricción contribuye a la preservación de otro valor fundamental: la seguridad jurídica, que ofrece certeza a los ciudadanos sobre las reglas jurídicas que emplearán los jueces en la solución de las controversias que se sometan a su consideración, sin que les sea posible acudir a una búsqueda histórica para determinar la norma que más convenga a una situación particular; la aplicación del principio amplía e ilimitadamente genera incertidumbre en los actores del sistema pensional y en los ciudadanos en general, respecto de las reglas que definen el acceso a un derecho pensional.

En conclusión, si la finalidad del principio de la condición más beneficiosa es proteger expectativas legítimas que puede cambiar el legislador con apego a los parámetros constitucionales, no tiene sentido que su aplicación permita acudir a cualquier normativa anterior o, en otros términos, resulte indefinida en todos los tránsitos legislativos que puedan generarse en la configuración del sistema pensional, de por sí, de larga duración [...].

Finalmente, se advierte que no es de recibo la inconformidad de la recurrente relativa a que el causante consagró la expectativa legítima del derecho a la pensión de sobrevivientes al cumplir 60 años de edad antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, puesto que para que se consolide tal prestación, lo que corresponde tener en cuenta para identificar la norma aplicable al asunto, es la fecha de su fallecimiento y no la del cumplimiento de la edad para acceder a la pensión de vejez.

No obstante, la Corte Constitucional en sentencia SU 005 de 2018 considerò frente al tema arriba aludido que:

“4.3. La jurisprudencia constitucional en materia de pensión de sobrevivientes

142. La jurisprudencia constitucional, en materia de pensión de sobrevivientes y de aplicación del principio de la condición más beneficiosa, ha tenido una relación directa con aquella que ha producido la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. En un primer periodo, que coincide con el tránsito legislativo de las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990) a las de la Ley 100 de 1993, existió una simetría jurisprudencial. Un segundo periodo, más reciente, coincide con el tránsito legislativo de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 a la Ley 797 de 2003, que inicia con una construcción autónoma de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y que deviene en una construcción reflexiva, a partir de la jurisprudencia constitucional, por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y que, para efectos argumentativos, se considera que se consolida con la sentencia de 25 de enero de 2017 (expediente SL45650-2017, radicación N° 45262 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia)^[84], en relación con la no vinculatoriedad del Acuerdo 049 de 1990, en aquellos supuestos en los que el afiliado fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003.

143. Son indicativas del primer periodo, las sentencias T-008 de 2006^[85], T-645 de 2008^[86], T-563 de 2012^[87] y T-1074 de 2012^[88]. En estas decisiones, la Corte Constitucional no solo analiza con detenimiento la producción jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, en el tránsito normativo de las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990) a la Ley 100 de 1993, sino que, la acoge íntegramente. En estas sentencias, la Corporación concede la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios que acreditaron que el afiliado había fallecido en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que, a pesar de no cumplir los requisitos en ella dispuestos, entendieron acreditados los requisitos para dicho reconocimiento con fundamento en la normativa anterior, que se contiene en el Acuerdo 049 de 1990.

144. De lo dicho se colige: (i) a pesar de que el Legislador no reguló un específico régimen de transición durante el tránsito del Acuerdo 049 de 1990 a la Ley 100 de 1993, en lo relativo a las condiciones para acceder a la pensión de sobrevivientes, la jurisprudencia garantizó en casos concretos la vigencia del principio de la condición más beneficiosa. (ii) La Corte Constitucional reconoció la autoridad de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para unificar su jurisprudencia y la razonabilidad de su postura. (iii) Existió coincidencia en el alcance que ambas Cortes le otorgaron al principio de la condición más beneficiosa, en materia de pensión de sobrevivientes, en el tránsito normativo a que se hizo referencia.

145. A diferencia del primer periodo, en el segundo, no se ha dado una coincidencia jurisprudencial semejante. Se trata de los casos de personas interesadas en el reconocimiento

de la pensión de sobrevivientes, cuyos familiares (afiliados) murieron en vigencia de la Ley 797 de 2003 y no cotizaron, antes del fallecimiento, el número de semanas mínimo de que trata esta Ley, pero sí las acreditan en los términos dispuestos por el Acuerdo 049 de 1990, antes de su derogatoria por la Ley 100 de 1993.

146. *La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en estos supuestos, de manera consecuente con la jurisprudencia del primer periodo a que se hizo referencia, ha considerado que la aplicación del principio de la condición más beneficiosa solo puede extenderse hasta el régimen jurídico inmediatamente anterior (Ley 100 de 1993). La Corte Constitucional, por el contrario, ha considerado razonable extender la aplicación del principio de la condición más beneficiosa no solo al régimen inmediatamente anterior (Ley 100 de 1993), sino a los anteriores a este (sobre todo el Acuerdo 049 de 1990), siempre y cuando la persona hubiere cotizado el número de semanas mínimo que se exigía en este último antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa (Ley 100 de 1993). Esto supone que, para la Corte Suprema de Justicia, en los supuestos descritos en el fundamento jurídico (en adelante, f.j.) anterior, el hecho de que el afiliado hubiere cotizado el número mínimo de semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990 para tener derecho a la pensión de sobrevivientes habría generado una mera expectativa. Por el contrario, para la Corte Constitucional, dicha cotización habría originado una expectativa legítima en los beneficiarios, en la medida en que la consolidación del derecho a la pensión de sobrevivientes debía considerarse exigible una vez se acreditara la muerte del afiliado que hubiere cotizado el número mínimo de semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990, con independencia de los cambios normativos posteriores.*

147. *La fundamentación de la nueva postura de la Corte Constitucional, en este segundo periodo, puede dividirse en dos momentos. Uno, en el que, aparentemente continuó aplicando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Otro, más reciente, y aún no consolidado, sino sujeto a discusión, en el que reconoció la autonomía y la superioridad de su construcción jurisprudencial, en relación con aquella de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.*

148. *Son representativas del primer momento las sentencias T-584 de 2011 y T-228 de 2014. En estos casos, la Corte Constitucional aplicó el principio de la condición más beneficiosa, acudiendo al cumplimiento de los requisitos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de sobrevivientes respecto de afiliados que hubiesen muerto en vigencia de la Ley 797 de 2003, pero aduciendo que daba aplicación a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Esta última fundamentación no era adecuada, por cuanto las decisiones jurisprudenciales de esta última no eran aplicables, ya que se referían a casos en los que el afiliado había fallecido en vigencia de la Ley 100 de 1993 y no se discutía la aplicación de una norma “tras anterior”, sino la aplicación de la norma inmediatamente anterior^[89]. La decisión del año 2014 que se cita, por ejemplo, tenía como fundamento fáctico la muerte de un afiliado en el año 2008^[90].*

149. *El segundo momento, dentro de este segundo periodo, de la jurisprudencia constitucional, para efectos argumentativos, inicia con la Sentencia T-566 de 2014^[91], en la que se hace explícita la diferencia de criterios, acerca del alcance del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. En esta sentencia se señala:*

“Tenemos entonces que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha conceptualizado que la aplicación del principio de la condición más beneficiosa no puede extralimitarse y convertirse en una búsqueda histórica de las normas que pueden resultar aplicables al caso, más allá de la vigente al momento de ocurrir la muerte del afiliado y la inmediatamente anterior a esta.

Aunque esta Sala encuentra razonable dicha posición, no comparte la interpretación que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia hace del principio de la condición más beneficiosa, habida cuenta que ni en la Constitución Política, artículo 53, ni en la jurisprudencia constitucional, el concepto acuñado y

desarrollado en torno a dicho principio es restringido el análisis de únicamente dos disposiciones normativas que pueden ser aplicadas a un caso concreto”.

150. *En dicho apartado, la Corte Constitucional hacía referencia a la sentencia del 19 de febrero de 2014, con radicado N° 46101, en la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia había señalado lo siguiente: “Ahora, si se pretendiera aplicar el principio de la condición más beneficiosa, no es procedente acoger el citado A.049/1990 para observar sus requisitos, pues dicho principio no le permite al juzgador aplicar a un caso en particular cualquier norma legal que en el pasado”. Esta decisión de la Sala de Casación, a su vez, tenía como fundamento la sentencia del 9 de diciembre de 2008 con radicado N° 32642, de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se había señalado lo siguiente:*

“En otras palabras, no es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la que regía inmediatamente antes de adquirir plena eficacia y validez el precepto aplicable conforme a las reglas generales del derecho. Más explícitamente, un asunto al que ha de aplicarse la Ley 797 de 2003, o la 860 del mismo año, si se considera más rigurosa ésta frente a la norma reemplazada, es preciso establecer si se satisficieron los requisitos y condiciones de la derogada disposición para, en caso afirmativo, hacer valer la condición más beneficiosa. Lo que no puede el juez es desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la Ley 100 de 1993 que haya precedido –a su vez- a la norma anteriormente derogada por la que viene al caso, para darle un especie de efectos ‘plusultractivos’, que resquebraja el valor de la seguridad jurídica”.

151. *En la Sentencia T-566 de 2014, a que se hizo referencia, amén de que se explicitó la diferencia entre la jurisprudencia constitucional y la desarrollada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también se hicieron expresas las razones para ello. Estas, en términos generales, han sido reiteradas por algunas de las Salas de Revisión de la Corte, entre ellas, en las sentencias T-735 de 2016, T-084 de 2017 y T-235 de 2017. En esta última (Sentencia T-235 de 2017), se reiteraron, literalmente, los argumentos expuestos por la Corte en la Sentencia T-719 de 2014, así:*

“5.1. La condición más beneficiosa establece que si bajo las reglas vigentes no se cumplen los presupuestos para acceder al reconocimiento de una pensión, debe evaluarse si bajo otra normativa derogada del ordenamiento jurídico es posible conceder el derecho, si es que el interesado cumplió con el requisito de densidad de semanas del régimen anterior para garantizar el acceso a la prestación reclamada.[42]

Este postulado encuentra su fundamento en la confianza legítima de los usuarios que están próximos a adquirir o garantizar el acceso a algún derecho pensional porque cumplen el requisito mínimo de semanas cotizadas,[43] pero a raíz de un tránsito legislativo ven frustradas sus aspiraciones, ya sea porque los requisitos se tornan más rigurosos o porque no se acredita alguna de las condiciones restantes. Pero también está soportado en los principios constitucionales de proporcionalidad y equidad, en tanto sería desmedido aceptar que una persona que cumplió cabalmente con su deber de solidaridad al sistema, aportando un monto considerable de semanas, se quede sin garantizar su derecho a la seguridad social o el de sus beneficiarios cuando se presente el riesgo protegido, precisamente porque sucede un tránsito legislativo que lo perjudica”.

152. *Más adelante, en la sentencia que se cita (T-235 de 2017), se señala que el giro obedece a una interpretación más amplia del principio de la condición más beneficiosa, en los siguientes términos:*

“Esta posición admite una definición más amplia de la condición más beneficiosa, no solo como un mecanismo que protege a los usuarios de cambios intempestivos en la regulación, sino también como un postulado que los ampara de situaciones que en estricto sentido conducen a resultados desproporcionados en relación con otros afiliados que cumpliendo requisitos menos exigentes tienen derecho a un beneficio pensional, lo cual es incompatible con la Constitución. Con base en esta postura, la condición más beneficiosa también busca proteger a quienes habiendo cotizado un número amplio de semanas se desvincularon del sistema con la confianza de que, por haber asumido con total responsabilidad su carga de solidaridad hacia el mismo, podían esperar idéntica retribución en caso de presentarse el evento protegido (la muerte). Es decir, el objeto principal de este postulado es evitar que un tránsito legislativo genere una afectación desproporcionada de los intereses legítimos de los afiliados, en el sentido de que personas que han aportado una cantidad considerable de semanas se verían privadas del derecho, mientras que la nueva regulación permitiría el acceso al mismo a ciudadanos que han satisfecho cargas de menor entidad”.

153. *Por tanto, a diferencia de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de las decisiones de las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional es posible inferir la siguiente regla jurisprudencial: cuando un afiliado al Sistema de Seguridad Social fallece, en vigencia de la Ley 797 de 2003, y no cumple las exigencias que esa normativa dispone para que sus beneficiarios accedan a la pensión de sobrevivientes, es posible acudir a las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990 (o de un régimen anterior), siempre y cuando el causante hubiese cotizado antes de entrar en vigencia la Ley 100 (1 de abril de 1994), el mínimo de semanas requerido por dicho Acuerdo, en aplicación de una concepción amplia del principio de la condición más beneficiosa.*

Pero al remitirnos nuevamente a la historia de semanas cotizadas por el afiliado fallecido encontramos el obstáculo de que este, del 18 de septiembre de 1989 incluso al 31 de diciembre de 1994, solo contaba con 276,86 semanas cotizadas, y por tanto no cumplía el requisito establecido en el artículo 25 en concordancia con el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 que exigía 300 semanas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Y examinados los requisitos que imponía el artículo originario de la Ley 1000 de 1993 tampoco se cumplen, toda vez que la citada normativa exigía para la pensión de sobrevivientes Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de la muerte; o que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte, pero en el caso del finado DÍAZ GONZÁLEZ dejó de realizar aportes en el mes de junio de 2003 al sistema pensional.

Resta por analizar si el finado cumplía los presupuestos del párrafo 1° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, para lo cual debemos destacar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de transición que prevé:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...)

Acorde con lo anterior, al remitirnos a la copia de la cédula de ciudadanía del finado DÍAZ GONZÁLEZ que reposa en el expediente, evidenciamos que nació el 20 de junio de 1943, por lo que al primero de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, alcanzaba 50 años de edad, siendo cobijado por el régimen de transición y por ende, su derecho a la pensión de vejez podía estudiarse a la luz de la norma anterior, que lo era el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 exige para alcanzar la citada prestación una edad de 60 años para los hombre, y un mínimo de 500 semanas cotizadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

Así, partiendo de la fecha de nacimiento del finado se concluye que los 60 años de edad los alcanzó el 20 de junio de 2003, por lo que ha de verificarse si alcanzaba las 500 semanas en el lapso comprendido del 20 de junio de 1983 al 20 de junio de 2003, y acorde con la historia de semanas cotizadas se descubre que cotizó un número superior, dado que el citado documento, reiteramos, pone de presente que cotizó del 18 de septiembre de 1989 al 30 de junio de 2003 un total de 566 semanas, lo que no deja duda que se configura el requisito previsto en el párrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 para generar el derecho a la pensión de sobrevivientes invocada, y que fue acertadamente reconocida por el A-Quo; con la advertencia que ya se dirimió el tema relativo a la compatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fue reconocida con la prestación perseguida en el asunto al inicio de estas consideraciones.

En cuanto al monto de la pensión, atendiendo a que el juez de primera instancia luego de las operaciones matemáticas determinó sería de un salario mínimo legal mensual vigente, y dado que el artículo 48 de la ley 100 de 1993 dispone *“En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley”*, no hay reparos a la sentencia de primera instancia en este aspecto puntual.

En cuanto al retroactivo pensional, el cual fue ordenado a partir de la fecha del deceso del afiliado, es decir, desde el 7 de marzo de 2019, partiendo de que la actora solicitó el reconocimiento pensional a la administradora COLPENSIONES el 24 de septiembre de 2019, y que la demanda fue instaurada el 27 de noviembre de 2019, no está llamada a prosperar la excepción de prescripción de las mesadas causadas y por ende sale avante al retroactivo invocado.

Ha de advertirse que aunque el fallador de primera instancia no ordenó a la accionada descontar los aportes para salud que están a cargo del pensionado, ello no infiere en el resultado del proceso, toda vez que los referidos descuentos están impuestos por la ley y por ende las administradoras de pensiones están obligados a realizarlos, aún sin orden judicial, sobre este tópicó se precisó en la sentencia SL 2609 del 23 de junio de 2021, Radicado 80573, MP Dr Fernando Castillo Cadena:

“En relación al segundo punto de disconformidad, esto es, el condicionamiento de los descuentos de aportes al régimen de seguridad social en salud, brota palmaria que, de conformidad con las normas aplicables al asunto, es decir, los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 3o del Decreto 510 de 2003, reglamentario de la Ley 797 de 2003, todos los pensionados tienen la obligación de realizar aportes a salud y ayudar a financiar el sistema.

Al punto, en sentencia CSJ SL1169-2019, la Sala explicó:

En torno al tópicó abordado en el cargo, esta sala de la Corte viene sosteniendo de manera consistente y pacífica que, por ministerio de la ley, las entidades pagadoras de pensiones se encuentran en la obligación de descontar la cotización correspondiente al sistema de seguridad social en salud y transferirla a la E.P.S. o entidad a la cual esté afiliado el pensionado, de conformidad con lo estatuido en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994. (Ver CSJ SL1422-2018 y CSJ SL1065-2018, entre muchas otras).

Ahora bien, teniendo presente que la cotización destinada a financiar el sistema de seguridad social en salud está a cargo de los pensionados, en su totalidad, desde el momento en el que adquieren esa calidad, y que efectuar las correspondientes deducciones sobre la mesada, para tales efectos, representa una de las obligaciones corrientes de cada fondo de pensiones, que opera por ministerio de la ley, la Corte estima forzoso precisar que no es necesaria alguna declaración judicial tendiente a reconocer ese deber o a imponerlo, como se venía concibiendo en anteriores oportunidades.

En ese sentido, para la Corte el hecho de que el respectivo juzgador de instancia no confiera una autorización expresa al fondo de pensiones para realizar los descuentos con destino al sistema de salud no se puede traducir, en manera alguna, en una negación de esa potestad que, se repite, representa en realidad una de las obligaciones típicas del respectivo fondo, que opera por mandato legal insoslayable.

Así las cosas, como no era indispensable instituir expresamente alguna autorización a la entidad demandada, para descontar las sumas correspondientes al sistema de seguridad social en salud, junto con la condena al pago de pensión, el Tribunal no incurrió en los errores jurídicos denunciados por la censura al no referirse al punto.

Puestas en esa dimensión las cosas, es claro que no era menester que el juez emitiera pronunciamiento al respecto, por cuanto estos operan por ministerio de la Ley y es esta la que habilita a las administradoras a efectuar el aporte respectivo, por ende, el cargo no prospera”.

Finalmente, sobre los intereses moratorios debe señalarse que ha sido criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral su objetivo resarcitorio más no sancionatorio, y las eventualidades en que las administradoras de pensiones podrían verse exoneradas de los mismos, sobre esto último se torna oportuno citar la sentencia SL 2609 del 23 de junio de 2021, Radicado 80573, MP Dr Fernando Castillo Cadena, donde sostuvo:

“Esta Corte en sentencia CSJ SL14528- 2014, recordó que conforme a la doctrina tradicional de esta Sala¹, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en tanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones –dado su carácter resarcitorio y no sancionatorio-.

También se asentó que esta Corporación, en atención a situaciones excepcionales y particulares que la han llevado a reflexionar sobre la referida doctrina y a adoptar decisiones conducentes a atenuar sus alcances, ha estimado que los intereses moratorios del mencionado precepto, no proceden en los eventos en que la entidad de seguridad social tenga serias dudas acerca de quién es el titular de un derecho pensional, por existir controversias entre los beneficiarios y, por ello, suspenda el trámite de reconocimiento de la prestación hasta tanto la jurisdicción ordinaria laboral decida mediante sentencia ejecutoriada a qué persona o personas corresponde el derecho.

(...)

Entonces, si a la administradora de pensiones le surge una duda razonable acerca de quién es el titular del derecho -por existir controversia entre beneficiarios-, le es dable suspender el trámite de reconocimiento de la prestación a la espera de que la justicia laboral dirima el conflicto.

Las situaciones planteadas en el precedente citado no se configuran en el asunto bajo estudio, pues no estamos ante una disputa del derecho a la pensión de sobreviviente, el cual solo es reclamado por quien ostenta la condición de hija del finado, por tanto, como bien lo concluyó el A-QUO, no se evidencian circunstancias que lleven a exonerar del pago de intereses moratorios a la accionada.

Acorde con las consideraciones precedentes se confirmará la sentencia apelada.

4. Costas.

Sin costas en esta instancia por cuanto no hubo réplica de la parte demandante.

¹ Ver CSJ SL, 23 sept. 2002, rad. 18512

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente regrese el expediente al juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**KAREM STELLA VERGARA LOPEZ****Magistrada****CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA**
Magistrado**PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ**
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23-555-31-89-001-2018-00381-01 FOLIO 05-21

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, VEINTE (20) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Desata el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia pronunciada en audiencia del 28 de septiembre del 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ESTELA DEL CARMEN MURILLO CARDENAS contra INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretende la parte actora que, en virtud del principio de la realidad sobre las formas, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a partir del 26 de febrero de 2001 a la fecha. Como consecuencia de lo anterior se condene al accionado a pagarle diferencia salarial, cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías oportunamente, sanción moratoria, costas y agencias en derecho.

1.2. Indica que labora al servicio de la accionada en el programa hogares comunitarios de bienestar a partir del 26 de febrero de 2001, y aún a la fecha, en el cargo de madre comunitaria, devengando como remuneración una contraprestación denominada “bonificación” o “beca” equivalente al 50% del salario mínimo legal mensual, y cumpliendo un horario de lunes a viernes de 8 Am a 4 PM que algunas veces se extendía.

1.3. Que en el desempeño de sus funciones era la responsable de la atención de las necesidades básicas de nutrición, salud, educación, recreación, desarrollo, protección y bienestar de los niños a su cargo, de conformidad a las disposiciones del ICBF.

1.4. Por disposición del accionado, las madres comunitarias para desempeñar su función, debían organizarse a través de intermediarios denominados fundaciones, juntas, asociaciones, cooperativas u otras organizaciones comunitarias, que se sustituían periódicamente sin interrupción del servicio, buscando desdibujar la verdadera relación laboral.

1.5. Que durante la relación laboral no le han cancelado prestaciones sociales ni vacaciones, por lo que elevò reclamación al accionado el 25 de noviembre de 2016, siendo negados.

2. Contestación y trámite

2.1. El accionado presentó escrito negando los hechos, excepto el referente a la reclamación administrativa; se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de buena fe, falta de legitimación de la causa por pasiva y cobro de lo no debido, no obstante, la A-Quo la tuvo como presentada extemporánea.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, la parte accionante prescindió de los testimonios solicitados, procediéndose a proferir la;

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

El Juzgado en primera instancia negó las pretensiones de la demanda y condenò en costas a la parte demandante, atendiendo a que, luego de plantear la definición del contrato de trabajo, sus elementos y la presunción del mismo, acorde con los artículo 22, 23 y 24 del C.S. del T, precisò era carga de la demandante probar la relación de trabajo personal, pero consideró que el proceso se encontraba escaso de prueba por la actitud de las partes, evidenciando que solo de las pruebas documentales no se acredita la prestación del servicio a favor del accionado.

Cita igualmente precedente de la Corte Constitucional en la sentencia SU -070 que ha sido acogido por esta superioridad.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad otorgada a los sujetos procesales en la segunda instancia, estos guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico a resolver

Se ciñe a determinar **i)** si puede pregonarse la existencia del contrato de trabajo realidad entre la actora y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, **ii)** de ser así, la procedencia de las prestaciones y acreencias laborales reclamadas, **iii)** la sanción moratoria invocada.

Iniciemos por indicar que, pregona la actora la existencia del contrato de trabajo con el ente accionado, a través del cual desempeñó funciones como madre comunitaria, siendo menester traer a colación lo establecido en el artículo 22 del C.S. del T que dispone:

“1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”.

A su vez el artículo 23 de la misma normatividad establece:

“1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo

b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y

c) Un salario como retribución del servicio.

“2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

Sobre el asunto hoy de debate, hay que precisar, de entrada, que la Corte Constitucional en sentencia SU-079 del 09 de agosto de 2018, M.P. JOSE FERNANDO REYES CUARTAS, desató el siguiente problema jurídico:

“¿Determinar si entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y las madres comunitarias y sustitutas puede predicarse la existencia de una relación laboral, con las consecuentes obligaciones que de allí se derivan, tales como el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, de acuerdo a lo alegado por las accionantes?”

Para resolver el anterior interrogante la H. Corte Constitucional efectuó el siguiente análisis en cuanto al programa de hogares comunitarios del Bienestar Familiar:

“A través de la Ley 89 de 1988, se creó el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, donde se definen los mismos como “aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país” (art. 1, parágrafo 2)”

En desarrollo de esta ley, el Decreto Reglamentario 2019 de 1989 dispuso que los programas de Hogares de Bienestar se fundamentan en el trabajo solidario de la comunidad, encaminado a garantizar a los niños la atención de sus necesidades básicas, especialmente en los aspectos de nutrición, protección y desarrollo individual y se constituyen “mediante las becas que asigne el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los recursos locales”.

A través del Decreto 1340 de 1995 se estableció que el trabajo de las personas que participen en el programa de Hogares de Bienestar, es una contribución voluntaria, puesto que la obligación de asistir a los menores es de la familia y la sociedad, por lo tanto, su vinculación no constituye relación laboral con ninguna entidad.

En la providencia que se analiza la Corte también hizo un análisis al Acuerdo 21 de 1996 expedido por el ICBF, a la ley 1607 de 2012 y al Decreto 289 de 2014, normatividades con la que se reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades operadoras del programa de hogares comunitarios de bienestar exponiendo lo siguiente:

“El ICBF expidió el Acuerdo 21 de 1996, “Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar (...)

Igualmente, prevé la normativa que es la Asociación de Padres la responsable del cumplimiento del contrato de aporte y quien designa a las madres comunitarias, las cuales aceptan y participan del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar “mediante una vinculación de trabajo solidario y de contribución voluntaria” (art. 5°).

(...)

La Ley 1607 de 2012, otorgó a las madres comunitarias y sustitutas una beca por un salario mínimo legal mensual vigente. Además, indicó que de manera progresiva durante los años 2013 y 2014, se diseñarían y adoptarían diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implicara otorgarles la calidad de funcionarias públicas. (...)

En desarrollo de la anterior disposición, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 289 de 2014 reglamentando la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades operadoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. Así, establece el artículo 2° que “Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social” (Destaca la Sala). DEL MISMO MODO, EL ARTÍCULO 3° PREVÉ QUE “LAS MADRES COMUNITARIAS NO TENDRÁN LA CALIDAD DE SERVIDORAS PÚBLICAS. SUS SERVICIOS SE PRESTARÁN A LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DEL PROGRAMA DE HOGARES COMUNITARIOS, LAS CUALES TIENEN LA CONDICIÓN DE ÚNICO EMPLEADOR, SIN QUE SE PUEDA PREDICAR SOLIDARIDAD PATRONAL CON EL ICBF”.

Adicional a lo anterior, la Corte Constitucional también efectuó un estudio histórico sobre la jurisprudencia, en relación a la vinculación de las madres comunitarias y el ICBF, exponiendo lo siguiente:

*“La jurisprudencia constitucional ha sostenido de antaño que la vinculación de las madres comunitarias con los Hogares Comunitarios de Bienestar es de naturaleza contractual, regido bajo las normas civiles. En efecto, **en sentencia T-269 de 1995**, la Sala Primera de Revisión al conocer la acción de tutela que interpuso una madre comunitaria con ocasión de su desvinculación, sostuvo:*

(...)

*En el mismo sentido se pronunció la Sala Plena en **sentencia SU 224 de 1998**, al examinar la acción de tutela interpuesta por una madre comunitaria que reclamaba la protección de los derechos al trabajo y a la igualdad, los cuales consideró vulnerados por cuanto fue suspendida del servicio que prestaba en un Hogar de Bienestar Familiar.*

En esa decisión se reiteró que el vínculo entre la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de bienestar y las madres comunitarias, era de naturaleza contractual y origen civil. (...)

Posteriormente, se empezó a transformar la jurisprudencia, al sostenerse que la relación entre las madres comunitarias y el ICBF tenían un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente. En este sentido, la **sentencia T-628 de 2012** señaló:

“Las características dadas a esta actividad por las normas legales y reglamentarias vigentes denotan que es una forma de trabajo que, aunque en principio no es subordinado y no genera relación laboral, sí permite a las personas que la ejercen dignificarse a través del desarrollo de un oficio y darse a sí mismas y a sus familias acceso a condiciones materiales de vida digna al percibir una retribución económica y acceso a la seguridad social a cambio de la prestación de sus servicios personales.

11.- También es necesario aclarar que, aunque el mencionado artículo excluye la relación laboral entre las madres comunitarias y las asociaciones o entidades que participan del Programa, su régimen jurídico no es igual al de los trabajadores independientes, como parece entender el ICBF en el escrito de intervención que allegó durante el trámite de revisión.

(...)

Con fundamento en la Ley 1607 de 2012, la Sala Primera de Revisión, en sentencia T-478 de 2013, encontró que el sistema legal relacionado con las madres comunitarias se encontraba en “un período de transición”, puesto que en el año 2014 debía transitar del régimen jurídico intermedio al de una relación laboral “por la que devengarán un salario mínimo legal vigente. Finalmente, debe destacarse que durante este año 2013, la beca o bonificación que reciben las madres comunitarias debe ser equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente”.

De forma similar, la Sala Octava de Revisión, en sentencia T-130 de 2015 también concluyó que el régimen jurídico de las madres comunitarias, desde el año 2014, se convirtió en un sistema laboral con ciertas especificidades, siendo su primer paso la Ley 1607 de 2012 “que dispuso que durante el año 2013 la beca o bonificación que recibían las madres comunitarias debía equivaler al valor de un salario mínimo legal mensual vigente; además, se mantuvo el subsidio especial otorgado a las madres comunitarias para sus aportes al Sistema General de Pensiones por medio del Fondo de Solidaridad Pensional. El segundo avance se produjo con la expedición del Decreto 289 de 2014 reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, de manera que cuenten con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social”

(...)

Situación particular se dio en la sentencia T-480 de 2016 donde se analizaron los casos de 106 madres comunitarias que consideraron vulnerados sus derechos por no pagarles los aportes para pensión entre el momento en que se vincularon y el 31 de enero de 2014.

En ese fallo –posteriormente anulado por desconocer el precedente en este punto particular– se encontró que en cada uno de los asuntos analizados se cumplieron con los requisitos determinados por la legislación laboral para la estructura del contrato de trabajo, es decir, se estableció que (i) las accionantes de manera directa ejercieron labores de madres comunitarias, cumpliendo un horario en un lugar determinado y (ii) bajo la dirección del ICBF, quien (iii) asumió el pago periódico, fijo y constante de una retribución por sus servicios.

(...)

En Auto 186 de 2017, la Sala Plena declaró la nulidad parcial de la sentencia, al considerar que se estructuró la causal denominada cambio de jurisprudencia, en tanto se desconoció la sentencia SU 224 de 1998 sobre la inexistencia del contrato laboral en las relaciones de las madres comunitarias y el ICBF, la cual constituía la jurisprudencia en vigor, sin que se hubiera cumplido con la carga de justificar el apartamiento de la misma. (...)

(...)

“En conclusión, con anterioridad a la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, las madres comunitarias no tuvieron vínculo o relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, lo cual supone que estos últimos no estaban obligados legalmente al pago de aportes parafiscales en favor de las primeras. Recuérdese que las tareas efectuadas por las madres comunitarias se realizaron dentro del marco de un trabajo solidario y una contribución voluntaria, de conformidad con la normatividad legal y la jurisprudencia constitucional. Respecto a esto último, recuérdese que esta Corporación en sus distintos fallos, de revisión ha considerado que el vínculo entre las madres comunitarias y el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, era de carácter contractual civil, siendo por este aspecto anulada parcialmente la única sentencia (T-480 de 2016) que estimó la existencia de un contrato realidad de trabajo”.

Luego del análisis normativo y jurisprudencial, la corte precisó:

“Debe recordarse que solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral.”

Acorde con lo anterior, bastan los precedentes jurisprudenciales citados para concluir que no puede pregonarse la existencia del contrato de trabajo entre la demandante y el ente accionado, aún más si tomamos en consideración que del mismo relato expuesto en los hechos de la demanda, donde da cuenta que la prestación del servicio se daba a través de fundaciones, juntas de padres de familia y asociaciones, aunado al contrato de trabajo arrimado al plenario que fuera celebrado entre la demandante y la FUNDACIÓN MULTIACTIVA LAS MORAS, se desdibuja la existencia del contrato de trabajo con el ente accionado, pues se concluye que ha sido vinculada por terceras personas.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que fue acertada la decisión tomada por el fallador de primera instancia y por ello habrá de confirmarse la sentencia consultada.

3. Costas.

No hay lugar a condena en costas debido a que las mismas no se causaron de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8o del artículo 365 del C.G.P.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

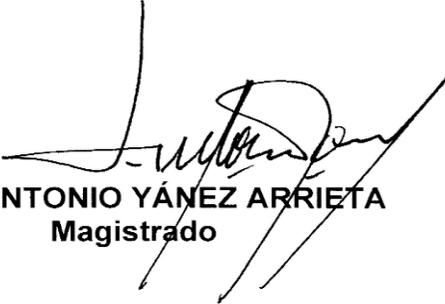
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado