



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente
Fabio Hernán Bastidas Villota

Quince (15) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso	Ordinario Laboral
Radicado	76001 31 050 005 2019 00240 01
Juzgado	Quinto Laboral Del Circuito De Cali
Demandante	Gloria Esperanza Díaz Rodríguez
Demandado	Porvenir S.A.
Litisconsorte	Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Asunto	Confirma sentencia – Niega retroactivo pensional
Sentencia No.	375

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia No. 054 del 21 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda y su subsanación¹

Pretende la demandante se condene a la AFP Porvenir S.A., **i)** al reconocimiento y pago del retroactivo causado entre el 12 de enero de 2017 y el 30 de junio de 2018, junto a los intereses moratorios; **ii)** los demás derechos de conformidad a las facultades ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.

¹ 01Expediente páginas 29 a 34 y 36

2. Contestación de la demanda

El fondo de pensiones dio contestación a la demanda², oportunidad en la que solicitó la integración del contradictorio con la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público³, entidad que se manifestó⁴ dentro del término de ley. Escritos que en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia

3.1. Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la Juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia⁵ referida al inicio de este fallo, en la que **i)** absolvió a Porvenir S.A. y a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público de las pretensiones incoadas en su contra; **ii)** condenó en costas a la activa, fijó como agencias en derecho la suma de \$100.000.

3.2. Inició por explicar las características del régimen de ahorro individual, así como la naturaleza del retroactivo pensional en función del capital suficiente y la voluntad del afiliado. En ese orden encontró acreditada la solicitud de pensión de la demandante el 18 de mayo de 2018, por lo que la AFP reconoció la prestación inicialmente a partir del 30 de agosto de 2017, oportunidad en la que se canceló el retroactivo pensional. De igual manera, se le indicó a la activa que el monto de la prestación era provisional hasta tanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público redimiera el bono pensional.

Precisó que la demandante efectuó cotizaciones al sistema general de pensiones hasta el 30 de agosto de 2017, sin que se probara por la parte actora petición de pensión en fecha anterior a la que lo hizo, ni que contara con el capital necesario para acceder a la prestación.

Finalmente precisó que la AFP se encarga de tramitar el bono ante el Ministerio de hacienda y Crédito Público realizándose la gestión en debida forma.

² 02ContestacionDdaPorvenir páginas 2 a 11

³ 02ContestacionDdaPorvenir páginas 77 y 78

⁴ 07ContestacionMinisterioHacienda páginas 3 a 13

⁵ 12ActaAudienciaConciliacionTramiteJuzgamiento y 13AudioAudiciaConciliacionTramiteJuzgamiento minuto 29:01 a 44:44

3. 4. Recurso de Apelación⁶

El extremo actor disiente de la decisión adoptada por considerar que se debe reconocer la pensión de conformidad con a lo dispuesto en la Ley "757 de 2003", sin que allí se exponga la desafiliación del sistema, de manera que procede el pago del retroactivo.

4. Trámite de segunda instancia

Previo traslado para alegatos de conclusión, sólo el apoderado de Porvenir S.A. se pronunció en los términos visibles en el memorial "04AlePorvenir00520190024001".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si:

- 1.1. ¿Es procedente el pago del retroactivo pensional entre el 12 de enero de 2017 y 30 de junio de 2018? En caso afirmativo, ¿es procedente la condena por intereses moratorios?

2. Respuesta a los interrogantes planteados

2.1. ¿Es procedente el pago del retroactivo pensional entre el 12 de enero de 2017 y 30 de junio de 2018?

La respuesta es **negativa**. Bajo los preceptos normativos y jurisprudenciales aplicables al caso, tal y como lo dispuso la falladora de primer grado, no hay lugar al pago del retroactivo reclamado.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

2.1.1. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

El Sistema General de Pensiones, en desarrollo de los principios de universalidad y

⁶ 13AudioAudiciaConciliacionTramiteJuzgamiento minuto 44:52 a 45:37

solidaridad, contempló en cada uno de los regímenes pensionales las coberturas de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en esa medida mientras en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se deben cumplir inexorablemente los requisitos de edad y densidad de semanas según la norma aplicable a cada caso en concreto, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad únicamente se necesita acreditar que el capital acumulado en la Cuenta de Ahorro Individual sea suficiente para para financiar la prestación, en ese sentido el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 señala:

“Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste <sic> hubiere lugar.”

Recuérdese que el artículo 79 de la precitada norma indica como modalidades de pensión en el régimen privado **i) Renta vitalicia inmediata, ii) Retiro programado, y iii) Retiro programado con renta vitalicia diferida**, y en todas ellas se requiere que el afiliado opte de manera libre y voluntaria por cualquiera de estas, y según su elección serán las características de la prestación.

Sobre el punto en cuestión la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 1309 de 2021, Rad. 68091 explicó

“No puede perderse de vista que el artículo 2 del Decreto 1889/94, compilado por el canon 2.2.6.1.1. del Decreto Único Reglamentario 1833/16, establece que las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad «podrán revestir cualquiera de las modalidades contempladas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, a opción del afiliado o sus beneficiarios, según el caso», de donde se infiere que para adquirir el status de pensionado al que hace referencia el precepto 64 de la Ley 100/93, debe el afiliado seleccionar la modalidad pensional, aspecto que hace parte de los trámites previos para el otorgamiento de la pensión; es decir, que esta se materializa con la escogencia de determinada modalidad, y por lo mismo no se puede desligar”

2.1.2. Caso Concreto

No se encuentra en discusión que la demandante en la actualidad se encuentra

percibiendo una pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. De la revisión del libelo introductorio, se extrae que la parte actora pretende el pago del retroactivo pensional causado entre el 12 de enero de 2017 y el 30 de junio de 2018.

Así las cosas, cuenta el plenario con los siguientes medios de convicción:

- Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se evidencia que nació el 12 de enero de 1960⁷.
- Historia laboral expedida el 1º de febrero de 2017 en la que se registran aportes en pensión hasta febrero de 2016⁸.
- Solicitud de anulación del bono pensional elevada por medio de apoderada judicial el 9 de marzo de 2018⁹.
- Tramite de reclamación de vejez sin sello de recibido¹⁰, suscrito por la demandante.
- Poder otorgado a la doctora María Elena Villanueva Santos con sello de recibido de Porvenir S.A. del 2 de abril de 2018, en el que se le faculta para tramitar la pensión de vejez¹¹.
- Resolución número 17903 de 20 de abril de 2018 a través de la cual se emite el cupón principal a cargo de la Nación y el cupón a cargo del ISS de unos bonos pensionales tipo A. ¹²
- Reclamación de prestaciones económicas de 18 de mayo de 2018¹³.
- Contrato de retiro programado para el pago de mesadas pensionales suscrito por la actora el 18 de mayo de 2018¹⁴
- Oficio de 13 de julio 2018 en el que se explica a la demandante:¹⁵

⁷ 01Expediente página 6

⁸ 01Expediente páginas 9 y 10

⁹ 01Expediente página 11

¹⁰ 01Expediente páginas 12 a 14

¹¹ 01Expediente páginas 15 y 16

¹² 07ContestacionMinisterioHacienda páginas 17 a 35

¹³ 01Expediente páginas 17 y 18 y 02ContestacionDdaPorvenir páginas 22 y 23

¹⁴ 02ContestacionDdaPorvenir páginas 17 a 21

¹⁵ 01Expediente páginas 21 a 23 y 02ContestacionDdaPorvenir páginas 12 a 14

“En esta oportunidad nos complace comunicarle que su solicitud de pensión de vejez ha sido **APROBADA**. Este reconocimiento se realiza de manera temporal hasta la fecha en la cual la oficina de unos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público -OBP nos gire el valor de su bono pensional.

A continuación, detallamos la información que usted debe conocer y los pasos a seguir:

1. ¿Cuál es el valor de la mesada? Para el año 2018 la mesada será de \$781.242 valor que corresponde a un salario mínimo mensual legal vigente.

El pago de su mesada se efectuará con cargo al saldo de su cuenta de ahorro individual y una vez ingrese el valor de su bono pensional, realizaremos un nuevo estudio pensional y usted deberá aportar documentación que en su momento le indicaremos.

2. ¿La mesada tiene algún descuento? Sí, se aplica un descuento del 12% sobre el valor total de la mesada para el pago de salud, que en su caso corresponde la suma de \$93.800, es decir que el valor neto que recibirá mensualmente será de \$687.442

Este descuento le permite acceder a los servicios de la Entidad Promotora de Salud (EPS) y se debe aplicar independientemente si usted ya es cotizante salud como empleado como beneficiario de algún cotizante, dado que el aporte a salud se hace por la totalidad de los ingresos que usted recibe.

3. ¿Qué pagos va a recibir a partir de este momento?

- Un pago único por valor de \$8.167.870 que corresponde a la mesada reconocida desde el día 30 de agosto de 2017, mes de cumplimiento de requisitos, hasta el mes de julio 2018, mes en la que se aprueba su solicitud con un descuento por concepto de pago a EPS con destino al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) como lo establece la norma, este pago se realizó en la cuenta bancaria reportada por usted del banco Colpatría...”

- Relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante en la que se vive como último ciclo de cotización agosto de 2017¹⁶

2017/03/16	201703	900037182	ASOCIACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES LABOR EMPRESARIAL	738,000	30	84,885	22,143	0	11,072	0	0	0	0
2017/04/11	201704	900037182	ASOCIACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES LABOR EMPRESARIAL	738,000	30	84,885	22,143	0	11,072	0	0	0	0
2017/05/12	201705	900037182	ASOCIACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES LABOR EMPRESARIAL	737,800	30	84,885	22,143	0	11,072	0	0	0	0
2017/06/14	201706	900037182	ASOCIACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES LABOR EMPRESARIAL	737,800	30	84,885	22,143	0	11,072	0	0	0	0
2017/07/12	201707	900037182	ASOCIACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES LABOR EMPRESARIAL	737,800	30	84,885	22,143	0	11,072	0	0	0	0
2017/08/15	201708	900037182	ASOCIACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES LABOR EMPRESARIAL	737,800	30	84,885	22,143	0	11,072	0	0	0	0

- Historial laboral válida para bono pensional¹⁷

¹⁶ 02ContestacionDdaPorvenir páginas 28 a 70

¹⁷ 07ContestacionMinisterioHacienda páginas 14 a 16

- Misiva del 17 de septiembre de 2018 en la cual se informa¹⁸

“De acuerdo a su solicitud como poder a nuestra afiliada Gloria Esperanza de Díaz Rodríguez, relacionada con el retroactivo pensional, le informamos lo siguiente:

1. Es importante precisar, que a favor de su poderdante se aprobó pensión de vejez, este reconocimiento se realiza de manera temporal hasta la fecha en la cual la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (OBP) nos gira el valor del bono pensional. Copia del radicado 4208014030548600, mediante el cual se notificó dicha aprobación.

Así las cosas, es oportuno aclarar que se aprobó Pensión de Garantía Mínima temporal a cargo de la administradora en atención a que la afiliada cumplió con los requisitos legales (capital insuficiente y semanas mínimas cotizadas) y se reconoció a partir del 30 de agosto de 2017, 13 mesadas al año.

Por lo anterior, aclaramos que la retroactividad pensional en los casos de aprobación de Garantía de Pensión Mínima (GPM) , se causa desde la fecha de cumplimiento y los requisitos de edad y semanas, o desde la fecha en que el afiliado deja de percibir ingresos provenientes de una relación laboral, aplica lo último que ocurra.

En el caso en concreto, le manifestamos que la fecha de inicio el reconocimiento pensional corresponde a 30 agosto 2017 por ser la fecha en que la señora en mención deja de percibir ingresos producto de un salario, por el trabajo realizado para el empleador ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES LABOR EMPRESARIAL. Por consiguiente, el reconocimiento de pensión de vejez no procede de la fecha por usted indicada”

- Resolución número 21482 de 23 de enero 2020 en la que se ordena el pago de los cupones principales a cargo de la Nación y cupones a cargo del ISS de unos bonos pensionales tipo A por haber ocurrido su redención¹⁹

De la valoración de los medios de prueba en conjunto, se tiene que la demandante solamente exteriorizó hasta el 18 de mayo de 2018 la modalidad pensional bajo la cual se quería pensionar, Así mismo se evidencia que estuvo vinculada al sistema general de pensiones hasta agosto 2017, como quiera que hasta dicha data el empleador Asociación de Trabajadores Independientes Labor Empresarial efectuó cotizaciones en favor de su trabajadora.

Ahora, contrario a lo que expone el recurrente, si bien no se requiere la novedad de retiro de manera expresa para el pago del retroactivo pensional, si es necesario que

¹⁸ 01Expediente páginas 19 y 20 y 02ContestacionDdaPorvenir páginas 15 y 16

¹⁹ 07ContestacionMinisterioHacienda páginas 36 a 43

el afiliado exteriorice la voluntad de no continuar como cotizante en el régimen de pensiones una vez acredita los presupuestos mínimos para acceder a la prestación pensional.

En ese sentido, no se equivocó la Juez de primer grado al encontrar que la AFP reconoció y pagó el retroactivo causado, sin que existiera obligación de aquel en fecha anterior al 30 de agosto de 2017, máxime cuando en el plenario no se acreditó siquiera que la activa contara con el capital necesario para acceder a la pensión desde la fecha que reclama la pensión.

En gracia de discusión y si por analogía se acudiera a las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida se tiene que la sentencia CSJ SL3310 de 22 de agosto de 2022, al estudiar el concepto de desafiliación tácita expresó lo siguiente:

“... En lo concerniente a la desafiliación, esta Sala ha considerado que acontece cuando el afiliado exterioriza su voluntad de no continuar amparado para los riesgos invalidez, vejez o muerte, en el sistema general de seguridad social en pensiones, manifestación que bien puede ser expresa, reportando la novedad de retiro, o tácita, mediante actos que así lo den a entender.

Sobre el alcance y sentido de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala ha adoctrinado que cuando no se cuente con el acto formal de desafiliación, deben examinarse las circunstancias fácticas del caso, a fin de determinar en qué momento debe entenderse que el afiliado desiste de su afiliación al sistema pensional y se hace exigible la mesada causada. Así se enseñó en la sentencia CSJ SL9036-2017, reiterada, entre otras, en la CSJ SL900-2018:

De conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, en principio, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Esos preceptos resultan aplicables al sub lite, por tratarse aquí de una prestación concedida bajo esos reglamentos, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, esta Sala de la Corte en varias de sus jurisprudencias ha morigerado el alcance de esas disposiciones, entre ellas, cuando del comportamiento del asegurado se deriva la intención inequívoca de retirarse del sistema, así formalmente no exista novedad de desafiliación (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015; y CSJ SL5603-2016).

En sentencia CSJ SL5603-2016, la Corporación precisó que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, «admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido».

En el sub examine, como se analizó en sede de casación, no solamente aparece registrada la desvinculación de la actora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a partir del 30 de junio de 2005, en la Resolución 042663 del 19 de septiembre de 2007, expedida por el ISS (fols 14 a 17), y en la historia de cotizaciones al Instituto (f. 36), sino también, que los actos exteriorizados por la demandante como la solicitud de reconocimiento pensional elevada el 17 de junio de 2005, y la circunstancia de haber suspendido las contribuciones al régimen de pensiones, son muestras inequívocas de su voluntad de desvincularse definitivamente del sistema general de pensiones a partir de la fecha antes señalada, sin que el aporte registrado por el ciclo 2005/07 cambie ese panorama, pues ello obedeció a un error que debió haber sido corregido por el Instituto en los términos del artículo 23 del Decreto 1818 de 1996, como se estableció en sede de casación...”

En esa medida, por esa senda se llegaría a la misma conclusión. Sin más consideraciones se confirmará la sentencia recurrida.

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia en contra de la demandante y a favor de Porvenir S.A. y la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dado que fracasó el recurso de apelación.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la demandante, en favor de Porvenir S.A. y la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Notifíquese esta decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial
Cali-Valle



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

Firma digitalizada para
Acto Judicial
Cali-Valle



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

Magistrado Ponente:

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

SALVAMENTO DE VOTO

DE MODO respetuoso se pasa a expresar los fundamentos de mi disidencia.

Por no compartir las razones expuestas por la accionada para negar el derecho al retroactivo pensional, comunicadas en la misiva pertinente: *“Por lo anterior, aclaramos que la retroactividad pensional en los casos de aprobación de Garantía de Pensión Mínima (GPM) ,*

se causa desde la fecha de cumplimiento y los requisitos de edad y semanas, o desde la fecha en que el afiliado deja de percibir ingresos provenientes de una relación laboral, aplica lo último que ocurra.” que en síntesis recoge la postura de la decisión de la que me aparto, se expresa que el mero hecho de cotizar al sistema general de pensiones no es un elemento incapacitante para gozar de la pensión, lo ilustra el mandato del art.17 de la ley 100 de 1993, cuando establece cesar la obligación de cotizar cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez, sin que de otro lado, se encuentre enlistado como requisito pensional el hecho de dejar de cotizar, es pues cierto que una cosa es tener derecho a la pensión y otra, la obligación de cotizar y su duración, por lo que racionalmente se considera que no se opone al derecho de gozar de la pensión la existencia de cotizaciones posteriores a la fecha de causación de la pensión.

Y se dice racionalmente, por cuanto no cae de su peso aceptar que la cotización tiene, como todas las cosas institucionales, un fin, para el caso, la garantía de la seguridad social, que no se apaña, si se advierte que el afiliado goza de una mesada pensional igual al salario mínimo mensual más alto, con lo cual la finalidad de haber seguido cotizando con esas cifras para nada colabora o fortalece la potenciación de la mesada, y de otro lado, tampoco se procura con el reconocimiento del retroactivo correspondiente la desfinanciación del sistema pensional, dado que solo se objetiva el pago de lo que le corresponde al afiliado.

Por último, siendo cierto el ideal del sistema pensional de que todos los afiliados aspiren a su pensión a partir del último día de cotización, tal elemento, se repite, no puede ser de una racionalidad absoluta, pues el mismo legislador, como ya se vio, autoriza el laborar sin cotización, de ahí que no pueda considerarse a la cotización, de modo ineluctable, coetánea con el goce de la pensión, punto en donde se cree juega papel preponderante la asimetría existente en la relación afiliado-sistema, debiendo conforme al Art.9 del C.S.T los funcionarios públicos prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, que para el evento en estudio, es ser pensionado desde cuando se satisfacen los requisitos de la figura pensional.

El magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA