

**TEMA: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS** - ante la falta de prosperidad de la ineficacia del traslado de régimen, queda a salvo el derecho del pensionado de demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora. / **CÁLCULO ACTUARIAL** - impide que el trabajador tenga que soportar las consecuencias por la falta de afiliación atribuible a su empleador, y, en consecuencia, garantiza que sus derechos mínimos e irrenunciables no se vean afectados por dicha omisión, pues a través de esa institución, el legislador permite que el periodo en que no se hicieron los aportes a un fondo pueda contabilizarse dentro de su historial de semanas de cotización. /

**HECHOS:** Pretende que se declare la nulidad de la afiliación realizada por la demandante a Porvenir o se declare inexistente por falta de información, por inducción en error por parte de la entidad demandada; se reactive la afiliación de la demandante a Colpensiones, sin solución de continuidad; se ordene a Porvenir trasladar todos los aportes de la demandante a Colpensiones debidamente indexados y sus respectivos rendimientos; se declare que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, se ordene al Banco Bbva a pagar a título de bono pensional por el tiempo laborado y no aportado a favor de la demandante, tiempo que deberá ser pagado mediante calculo actuarial a satisfacción de Colpensiones; se condene a Colpensiones a pagar a la demandante la pensión de vejez por cumplir los requisitos del decreto 758 de 1990, junto con las mesadas adicionales e intereses moratorios o la indexación. En primera instancia se declaró que, la AFP Porvenir S.A., omitió el deber de información en el acto jurídico de traslado de régimen pensional suscrito por la Sra. demandante; se declaró la improcedencia de los efectos prácticos de la ineficacia del traslado de régimen de la Sra. demandante, hacia Porvenir S.A. por ostentar el estatus de pensionada en dicho fondo del RAIS, lo cual constituye una situación jurídica consolidada que no es posible revertir; se condenó a Porvenir S.A. a reconocer y pagar a título de indemnización de perjuicios, en favor de la Sra. demandante, la suma por las diferencias pensionales halladas entre la mesada pensional reconocida en el RAIS, y la que le hubiera correspondido en el RPM administrado por Colpensiones, calculada hasta la expectativa de vida probable; se condenó al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. – Bbva a pagar el título pensional, por el lapso durante el cual laboró en calidad de trabajadora la Sra. demandante, sin cotizaciones; se ordenó a Porvenir S.A. que realice la liquidación del cálculo actuarial y una vez realizado el mismo, deberá informar al Banco Bbva, para que proceda a constituir y cancelar el título pensional con destino a la cuenta de ahorro individual de la demandante. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si es procedente la condena a cargo de la AFP Porvenir por concepto de indemnización de perjuicios, en aplicación de las facultades ultra y extra petitas; y si le asiste obligación al Banco Bbva de responder por el tiempo laborado y no cotizado a caja o fondo de pensiones.

**TESIS:** (...) Ahora, cabe advertir que ha sido pacífica la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en explicar, que, ante la falta de prosperidad de la ineficacia del traslado de régimen, queda a salvo el derecho del pensionado de demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, si así lo considera pertinente, según CSJ SL1577 de 2022. (...) Realizadas las anteriores precisiones, subraya este colegiado que, no es procedente acudir a las facultades extra y ultra petita establecidos en el artículo 50 del CPTSS, para establecer una condena por la reparación integral de perjuicios por la desmejora en la cuantía de la pensión, en tanto en este caso en particular, no se formuló como pretensión principal o subsidiaria y, especialmente, por cuanto la demandada AFP Porvenir no tuvo la oportunidad de controvertir estos hechos a lo largo del proceso. (...) Al respecto no puede perderse de vista que, si bien no se había creado la ley unificadora de la

seguridad social para los periodos comprendidos, era el propio empleador el que asumía el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, y por ende estaba obligado a realizar los provisionamientos necesarios para cumplir con esa eventual pensión, pues así lo ordenaba la Ley 90 de 1946, y así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como puede verse en la sentencia SL-3760-2022, donde se definieron los siguientes aspectos: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y (iii) que la manera de concretar esa responsabilidad es mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social. (...) Criterios jurisprudenciales que comparte y acoge esta colegiatura, toda vez que en un estado social de derecho no se puede tolerar el que una persona que entregó su fuerza de trabajo por varios años, se vea perjudicada con la negación de un derecho constitucionalmente consagrado, irrenunciable y directamente relacionado con el mínimo vital como principio y derecho iusfundamental, aunque como en el caso de la demandante se encuentre pensionada, pues estas cotizaciones le pertenecen independientemente al trabajador en punto de que satisfaga o no los requisitos una pensión de vejez. (...) En tales circunstancias, esta Sala revocará los numerales primero y tercero de la sentencia, que declaró que la AFP Porvenir omitió el deber de información en el acto jurídico de traslado de régimen pensional suscrito por la demandante del RPM al RAIS y condenó a dicha AFP a reconocer y pagar a la actora a título de indemnización de perjuicios. (...) Así las cosas, se confirmará la condena al Banco Bbva, a realizar el cálculo actuarial, pero se adicionará el numeral cuarto de la sentencia, en el sentido de que la entidad para efectuar dicho cálculo actuarial, deberá tener en cuenta el salario devengado por la demandante, según lo reseñado en el documento denominado registro de empleados, incluyendo los aumentos convencionales que hagan parte del concepto de salario.

M.P: MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

FECHA: 26/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	LUZ MARINA CRUZ SERNA
DEMANDADOS	AFP PORVENIR COLPENSIONES BANCO BBVA
VINCULADO	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO Y PÚBLICO OFICINA DE BONOS PENSIONALES
RADICADO	05001-31-05-014-2015-01598-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia en el traslado de régimen pensional- pensionado en el RAIS- cálculo actuarial. Facultades ultra y extra petita – Indemnización de perjuicios.
DECISIÓN	Revoca, Confirma

*Medellín, veintiséis (26) de abril de dos mil veinticuatro (2024)*

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **LUZ MARINA CRUZ SERNA** contra **COLPENSIONES**, la **AFP PORVENIR**, y el **BANCO BBVA**, y, en la que se dispuso la vinculación de la **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO Y PÚBLICO OFICINA DE BONOS PENSIONALES**.

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 014**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

**I. – ASUNTO**

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR y el apoderado judicial del BANCO BBVA, contra la sentencia que profirió el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de

Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 26 de octubre de 2023; de conformidad al artículo 66 del CPT y SS.

## **II. – HECHOS DE LA DEMANDA**

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la demandante nació el 13 de abril de 1955 por lo que al 1 de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad.

Indicó que, a los 17 años de edad la demandante se vinculó a laborar al BANCO BBVA iniciando desde el 13 de julio de 1972 hasta el 30 de noviembre de 1989 en la sucursal del Municipio de Puerto Berrio y el 10 de diciembre de 1989 hasta el 30 de agosto de 2010 en la sucursal de Medellín.

Refirió que la demandante no recuerda cuanto devengó para esa época y que tampoco cuenta con todos los soportes, pero afirma que devengaba para esa fecha más de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Aseveró que, la primera afiliación que hizo la demandante la efectuó el 05 de mayo de 1987 al ISS hoy Colpensiones con el Banco Ganadero hoy BANCO BBVA, lo que la hizo beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y de acuerdo al precedente constitucional le permite recuperarlo en cualquier tiempo.

Sostuvo que, la accionante se trasladó de régimen pensional a la AFP PORVENIR, sin habersele informado sobre las características propias de ambos regímenes pensionales, ni se le explicó como operaba el RAIS, más aún cuando ya tenía el número de semanas exigidos en el decreto 758 de 1990, pues para el año 1994 tenía 21 años de servicios y contaba con 1.000 semanas de cotización.

Manifestó que, de haber conocido previamente las condiciones y consecuencias económicas y jurídicas del cambio de régimen pensional, no hubiese realizado su traslado al RAIS.

Comentó que, la actora recibió pensión de vejez por parte de PORVENIR para proteger su derecho fundamental al mínimo vital, a la seguridad social y el derecho a la salud.

### **III. – PRETENSIONES**

#### **PRETENSIONES PRINCIPALES**

1. Que se declare la nulidad de la afiliación realizada por la demandante a PORVENIR o se declare inexistente por falta de información, por inducción en error por parte de la entidad demandada.
2. Se reactive la afiliación de la demandante a COLPENSIONES, sin solución de continuidad.
3. Se ordene a PORVENIR trasladar todos los aportes de la demandante a COLPENSIONES debidamente indexados y sus respectivos rendimientos.
4. Se declare que la demandante es beneficiaria del régimen de transición reglado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y cumple a cabalidad con los requisitos del decreto 758 de 1990.
5. Se ordene al BANCO BBVA a pagar a título de bono pensional por el tiempo laborado y no aportado a favor de la demandante, tiempo que deberá ser pagado mediante calculo actuarial a satisfacción de COLPENSIONES.
6. Condenar a COLPENSIONES a pagar a la demandante la pensión de vejez por cumplir los requisitos del decreto 758 de 1990, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre e intereses moratorios o la indexación.

#### **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

1. Se condene al BANCO BBVA a reconocer a favor de la demandante el tiempo laborado y no aportado al SGSSP.
2. Se condene al BANCO BBVA a pagar a titulo o de bono pensional por el tiempo laborado y no aportado a favor de la demandante, tiempo que deberá ser pagado mediante cálculo actuarial a satisfacción de la entidad de seguridad social, esto es, COLPENSIONES teniendo en cuenta el salario certificado de conformidad con el numeral e) del párrafo del artículo 33 de la ley 100 de 1993.
3. Se condene a COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial que deberá pagar el BANCO BBVA y a recibirlo el mismo, y que, además, traslade en bono pensional, el tiempo pagado por el empleador demandado a PORVENIR.
4. Se ordene a PORVENIR a recibir el bono pensional a COLPENSIONES y proceda a re-liquidar la prestación económica de la demandante y de existir excedente seas devueltos a la demandante, y en caso de tardar más de 4

meses en re-liquidar la prestación económica, se pague la indexación sobre los reajustes causados, y se conceda lo ultra y extra petita.

#### **IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA**

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo la demandada a descorrer el traslado de esta acción.

**COLPENSIONES**, a través de la contestación allegada (PDF 03 folio 136 del expediente digital), aceptó como cierto la afiliación de la demandante al régimen de prima media, y respecto de los demás hechos dijo que no le constan. La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, planteando a título de excepciones perentorias: *“IMPOSIBILIDAD DE QUE COLPENSIONES DECRETE LA INEFICACIA DEL TRASLADO, IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INVALIDEZ DEL TRASLADO, EQUIVALENCIA DEL AHORRO, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN Y PAGO, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, BUENA FE DE COLPENSIONES”*

**BANCO BBVA**, dio respuesta a la demanda según se advierte en el PDF 03 folio 155, señalando que, a partir de enero de 1967 el ISS hoy Colpensiones empezó a asumir el cubrimiento de riesgos de invalidez y muerte paulatinamente en todo el territorio nacional. Que la vinculación de la demandante y el Banco se dio desde el 13 de julio de 1972 en el Municipio de Puerto Berrío Antioquia, y que la cobertura del ISS en dicho municipio inició con posterioridad a la expedición del decreto 905 de 1990. Que con la afiliación y pago de las cotizaciones al ISS el Banco Ganadero se subrogó en esa entidad el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte de la demandante y que la entidad no debe suma alguna a COLPENSIONES, dado que la administradora de pensiones no ha formulado requerimiento alguno acerca de un pago extemporáneo o incompleto de aportes de la demandante. Adujo además que, durante la vigencia de la relación laboral las partes efectuaron un acuerdo de transacción que se llevó a cabo el 5 de agosto de 2010, en virtud del cual se reconoció a la actora la suma de \$100.000.000. La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó a título de excepciones de fondo las siguientes: *“INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS- COBRO DE LO NO DEBIDO, COMPENSACIÓN, PAGO, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, ALLANAMIENTO A LA MORA POR PARTE DEL ISS HOY COLPENSIONES”*

**AFP PORVENIR**, hizo lo propio y contestó la demanda según se advierte en el PDF 4 folio 23, asegurando que el traslado de régimen pensional que realizó la actora a dicha AFP, fue libre y voluntario y que posteriormente, la actora solicitó la pensión de vejez, conforme a lo preceptuado en el artículo 64 de la ley 100 de 1993, y la AFP procedió a su reconocimiento mediante comunicación del 26 de

agosto de 2014, pagando un retroactivo a partir del mes de marzo de 2013, advirtiendo que, la actora tiene la calidad de pensionada y no de afiliada del fondo privado, razón por la cual resulta improcedente la ineficacia del traslado de régimen pensional por aquella implorada.

La entidad formuló como excepción previa la de falta de integración del Litis por pasiva con la NACIÓN -MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES. Y como excepciones perentorias: *“IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD POR EXISTENCIA DE PENSIÓN RECONOCIDA A LA DEMANDANTE, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, SUSPENSIÓN DEL PAGO DE LAS MESADAS PENSIONALES A CARGO DE PORVENIR, PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE PRETENDE ATACAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN, PAGO, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LA DEMANDADA, COMPENSACIÓN”*

La AFP PORVENIR, a su vez planteó **demanda de reconvención** en contra de la demandante pretendiendo que se condene a la actora a reintegrar a la AFP, los valores que la entidad le pagó por concepto de mesadas pensionales y las que se sigan causando a futuro adicionando este valor con la rentabilidad que el dinero habría producido de haber permanecido bajo la administración del fondo, y de forma subsidiaria solicitó que se ordene el reintegro de los dineros debidamente indexados.

La **parte demandante** contestó la demanda de reconvención, según escrito visible en el PDF 4 folio 166, arguyendo que, la AFP faltó a su deber de información toda vez que como administradora tenía la obligación de brindarle una debida asesoría. Expuso además se radicó ante la AFP solicitud de desistimiento de la pensión de vejez el 19 de noviembre de 2013 y planteó a título de excepciones: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, FALTA DE COMPETENCIA Y DE JURISDICCIÓN, COMPENSACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, TENER MÁS DE 20 AÑOS AL 1 DE ABRIL DE 1994”*

**NACIÓN -MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES-** no contestó la demanda. PDF 04 folio 206.

En la audiencia inicial del 28 de mayo de 2019, el A quo decretó prueba pericial a cargo de la AFP PORVENIR (prueba solicitada en la demanda de reconvención PDF 4 folio 159), relativa a nombrar perito actuario que realice experticia para que determina el valor adicional sobre dineros que han sido pagados por la PORVENIR a la demandante por concepto de mesadas pensionales con sus respectivos rendimientos financieros de haber permanecido los dineros en poder

de la AFP, así como los rendimientos del bono pensional. El despacho no accedió a suspender las mesadas pensionales de la demandante aduciendo que, si bien la actora pretende trasladarse al RPM, se desconoce cuáles serán los resultados del proceso.

En providencia del 31 de agosto de 2023, el A quo precisó que en dos oportunidades el despacho requirió el perito actuario con el fin de que realizara el dictamen decretado en la diligencia celebrada el 28 de mayo de 2019, sin que a la fecha la auxiliar de la justicia hubiese entregado el dictamen solicitado. Que sería del caso requerir nuevamente a la perito y así dar cumplimiento a lo ordenado en la diligencia celebrada, sin embargo, y de acuerdo a la finalidad de la prueba y las pretensiones de la demanda principal y la demanda de reconvención, la liquidación que se le solicitó a la auxiliar de la justicia, el juzgado cuenta con el personal capacitado que puede realizar la liquidación solicitada en caso de que llegare a prosperar lo solicitado en la demanda de reconvención presentada por Porvenir S.A., razón por la cual resulta innecesario seguir requiriendo a la auxiliar y dilatar no en el tiempo un proceso que se radicó en el año 2015.

## **V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

En audiencia pública celebrada el 26 de octubre de 2023, el Juez de conocimiento, declaró que, la AFP Horizonte, hoy PORVENIR S.A., omitió el deber de información en el acto jurídico de traslado de régimen pensional suscrito por la Sra. LUZ MARINA CRUZ SERNA, el 16 de julio de 1999, es decir, que este acto nació a la vida jurídica con «ineficacia en sentido estricto»

Declaró la improcedencia de los efectos prácticos de la ineficacia del traslado de régimen de la Sra. LUZ MARINA CRUZ SERNA, hacia PORVENIR S.A. por ostentar el estatus de pensionada en dicho fondo del RAIS, lo cual constituye una situación jurídica consolidada que no es posible revertir, a la luz del precedente jurisprudencial establecido por la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia CSJ SL373-2021.

Condenó a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a título de indemnización de perjuicios, en favor de la Sra. LUZ MARINA CRUZ SERNA, la suma de \$1.149.554.109, por las diferencias pensionales halladas entre la mesada pensional reconocida en el RAIS, y la que le hubiera correspondido en el RPM administrado por COLPENSIONES, calculada desde el 01 de marzo de 2013 hasta la expectativa de vida probable.

Condenó al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. – BBVA a pagar el título pensional previo cálculo actuarial elaborado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por el periodo comprendido entre el 13 de julio de 1972 y el 04 de mayo de 1987, lapso durante el cual laboró en calidad de trabajadora la Sra. LUZ MARINA CRUZ SERNA, sin cotizaciones, en los términos del Decreto 1887 de 1994 y demás normas que lo adicionen y complementen.

Ordenó a PORVENIR S.A. que, en el término de un mes, contado desde la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, realice la liquidación del cálculo actuarial de conformidad con el Decreto 1887 de 1994 y demás normas que lo adicionen y complementen, y una vez realizado el mismo; deberá informar al BANCO BBVA, para que en el término máximo de un mes proceda a constituir y pagar cancelar el título pensional con destino a la cuenta de ahorro individual de la demandante, para lo pertinente.

Condenó en costas procesales a cargo de PORVENIR S.A. y al BANCO BBVA y en favor de la parte demandante, para cuya liquidación se fijó la suma de \$2.000.000, a cargo de cada una a título de agencias en derecho.

Absolvió a COLPENSIONES y a la Nación – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, de las pretensiones incoadas por la demandante y, por ende, de la condena en costas.

Notificada la sentencia el despacho corrigió la misma por error aritmético en el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de que el cálculo de la indemnización por perjuicios, es la suma de \$1.149.554.109, lo cual **abarca las diferencias generadas desde marzo de 2013 y comprende hasta la expectativa de vida probable de la demandante (20 años- 249 meses).**

**Argumentos del A quo:** Expuso el A quo que este proceso data del año 2015 y que su retraso es considerable debió a la asignación inicial de un perito que no se posesionó y que luego de varios requerimientos y del nombramiento de algunos jueces en el despacho que no adelantaron el trámite de este asunto.

Que, debido a ello, este proceso le traerá una consecuencia especial como un cambio de postura jurisprudencial de la CSJ, y por ello el despacho debe analizar el principio de congruencia procesal, pues el artículo 281 del CGP, se debe analizar conforme a las proporciones o las materias que conocen los jueces

laborales y de la seguridad social que están relacionadas con derechos irrenunciables.

Que en este caso en específico los efectos del cambio jurisprudencial acaecidos de la sentencia CSJ SL373-2021, afectan los intereses o la pretensión principal de la demandante. Que en la fase que fijación del objeto del litigio se estableció que el asunto se centraría a determinar la procedencia de la ineficacia del traslado y si la demandante en virtud de dicha declaración podría recuperar los beneficios del régimen de transición pensional y consolidar su derecho pensional, el otro problema jurídico estaba relacionado con los aportes en seguridad social que debió sufragar el Banco BBVA, en favor de la demandante en Puerto Berrio Antioquia en donde no operaba el ISS, y finalmente se indicó que era necesario establecer si procedía la devolución de los dineros pagados por la AFP a la demandante, según se solicitó en la demanda de reconvención.

Que de acuerdo al material recaudado la demandante se afilió a Colpensiones en el año 1987 y luego se trasladó a PORVENIR en el año 1999. Que la actora nació el 13 de abril de 1955 por lo que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 38 años de edad y 373 semanas de cotización, por lo que era beneficiaria del régimen de transición, por contar 35 años de edad, y que también se encontraba probado en el asunto que la actora tiene el estatus de pensionada por parte de PORVENIR bajo la modalidad de retiro programado, en razón de 13 mesadas anuales a partir del 1 de marzo de 2013.

Que en efecto la demandante se le debió brindar una debida información al momento del traslado de régimen pensional, máxime que la actora era beneficiaria del régimen de transición y que por tanto en este caso están dadas todas las condiciones para declarar la ineficacia del traslado, sin embargo, en el interregno del proceso existió un cambio jurisprudencial de enormes consecuencias para sus pretensiones y es que la CSJ, analizó un caso específico y dijo que tratándose de ineficacias solicitadas por pensionados no tendrían ninguna incidencia y no se podría revertir los efectos jurídicos.

Que si bien al momento en que la demandante presentó la demanda esa no era la postura de la CSJ, es otra la jurisprudencial actual que es reiterada por la CSJ, y esa misma Corporación dejó sentado que el pensionado que se considere lesionado con su derecho puede solicitar la indemnización de perjuicios.

Que en esta materia la casuística apenas está en proceso de construcción porque hechos relacionados con la indemnización no han sido de conocimiento de la CSJ, para señalar la doctrina a través de la cual se debe consolidar y la prueba idónea para determinar esos perjuicios, pero que la postura del juzgado es que en el caso de la señora LUZ MARINA CRUZ SERNA, se debe analizar el asunto desde la indemnización de perjuicios, atendiendo al principio de congruencia y a las facultades ultra y extra petita de las cuales está revestido el Juez.

Que los perjuicios invocados de la demandante se tasan respecto de la diferencia pensional que obtendría la actora en el evento de haber permanecido en Colpensiones, los cuales, a su juicio, son tangibles, determinables y demostrables.

Que, si se declara la ineficacia por falta del deber de información, trasladándosele la carga procesal al fondo privado, no es posible que para efectos de encarar la indemnización de perjuicios se revierta la carga de la prueba al afiliado demandante, pues visto desde otra perspectiva sería una contradicción.

Para hallar la cuantificación de los perjuicios se tuvo en cuenta los siguientes datos: Que la demandante fue pensionada en el RAIS con una mesada para el año 2013 de \$814.233 y para esa misma época obtendría una pensión en el RPM de \$2.966.423 por lo que la diferencia de las mesadas pensionales correspondería a \$2.152.190, y que ello aplicado a la vida probable de la demandante correspondería a 249 meses lo que arroja una indemnización de \$1.149.554.109.

Frente a la pretensión del cálculo actuarial dirigido frente al Banco BBVA, señaló que es cierto que entre las partes existió una relación laboral desde el 13 julio de 1972 y el 30 de agosto de 2010, y que no existe constancia de pago de aportes a la seguridad social entre 13 de julio de 1972 al 04 de mayo de 1987 porque no existía cobertura del ISS en el municipio de Puerto Berrio. Que es relevante la comunicación inicial del Banco en el sentido de que dichos periodos estaban pendientes de pago y que la entidad realizaría el cálculo actuarial correspondiente, pero para este proceso el Banco desconoce esa certificación, sin embargo, dichos aportes no se extinguen por el paso del tiempo, y que el BANCO BBVA debe efectuar el cálculo actuarial, en el lapso durante el cual laboró la trabajadora Luz Marina Cruz Serna, sin cotizaciones, en los términos del Decreto 1887 de 1994, y que no es de recibo que por el hecho de que la demandante esté pensionada no tenga derecho a la totalidad de sus aportes

máxime que la AFP PORVENIR está condenada a reconocer unos perjuicios por la falta del deber de información que dio lugar a que la demandante se trasladara de régimen pensional.

## **VI. – RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La sentencia de primera instancia fue apelada por los apoderados judicial de PORVENIR y del BANCO BBVA.

**Apelación de PORVENIR:** Argumentó que el fallo de primera instancia no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 50 del CPTS que facultan al juez de instancia a proferir una condena como la impuesta a cargo de la AFP.

Que en el proceso no fue debatido los perjuicios de la parte demandante que dio por probados el juez de instancia por lo que la sentencia tomó por sorpresa a la AFP, entidad que no contó con la oportunidad procesal para oponerse a la prosperidad de tales perjuicios, máxime si se tiene en cuenta que la negación que esgrime la parte actora es indefinida para fundamentar su demanda, en el sentido de que PORVENIR no brindó la debida asesoría en su momento de traslado de régimen pensional.

Que tratándose de indemnización de perjuicios la carga probatoria está a cargo de la parte actora y no del fondo privado, razón por la cual los perjuicios deben estar fehacientemente probados en el litigio, circunstancia que aquí no ocurrió.

Que en la fijación del litigio del 28 de mayo de 2019, se estableció por parte del despacho que se iba a estudiar la ineficacia del traslado y el traslado de los aportes del RAIS al RPM y el análisis de la demanda de reconvención, pero en ningún momento se estableció que se iba a estudiar la indemnización de perjuicios.

Que no basta con manifestar el A quo, posiciones especulativas relativas a que, de vieja data se han aprovechado los fondos privados de los afiliados, sino que por el contrario se requiere de una demostración más allá de toda duda razonable de cuál es el actuar doloso de la entidad y que dicho actuar generó un daño perceptible, es decir, que entre ese actuar y el daño acaecido existió un nexo causal y en este litigio no se configuran los presupuestos de la responsabilidad, y

que en gracia de discusión, la diferencia de la mesada pensional por sí sola no puede constituirse como un perjuicio indemnizable.

Que la sentencia además deviene en incongruente y que se debe aplicar el artículo 281 del CGP y 145 del CPTS, pues no guarda consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la fijación del proceso, pues la misma va dirigida a la declaratoria de la nulidad de la afiliación realizada por la demandante a PORVENIR S.A. y pese a ello el juez de instancia decidió no acceder a dicha pretensión declarando que la demandante sigue vinculada o válidamente pensionada a través de PORVENIR en el RAIS, pero que la AFP debe reconocer unos perjuicios haciendo una similitud como si se hubiese reconocido la prestación en el RPM, condena que además se aparta del precedente jurisprudencial horizontal que es vinculante para el fallador de instancia salvo que se pueda distinguir la regla jurídica, lo cual no ocurre en el caso en concreto, pues en el asunto no hay prueba de la supuesta lesión o menos cabo y además de todos los elementos que estructuran la responsabilidad en estricto sentido.

Que también se debió demostrar en qué consistió el daño patrimonial, pues todo daño debe ser probado y no basta con indicar que la parte demandante sufrió un menos cabo, concluyendo que, el derecho pensional de la actora no ha sido vulnerado y no se demuestra la tasación de los perjuicios en la demanda junto con las normas procesales, lo que quiere decir que al momento de presentarse la demanda ni siquiera hubo una tasación de los supuestos perjuicios que se le causaron a la actora, razón por la cual no tiene fundamento jurídico dicha condena.

Insistió indicando que, es diferente el rigor probatorio en una demanda de ineficacia del traslado y una de indemnización de perjuicios y en este último caso la demandante es quien tiene la carga probatoria, que la deficiente información no da lugar a causar un daño, por cuanto el monto en cada régimen es de alto relativismo. Que por todo lo expuesto solicita que se revoque íntegramente el fallo de primera instancia para que en su lugar se absuelva a PORVENIR de las pretensiones de la demanda.

**Apelación BANCO BBVA:** La apoderada judicial de la entidad manifestó que no está de acuerdo con la condena a pagar un cálculo actuarial en favor de Porvenir bajo la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Que como lo anticipó al despacho desde los alegatos de conclusión, para el caso en cuestión es aplicable lo señalado en la sentencia T 281 de 2020,

proferida por la Corte Constitucional en el sentido de que exigir a la empresa el pago de la totalidad de los aportes adeudados tiene una connotación sancionatoria e históricamente ha procedido cuando un empleador no ha afiliado a un trabajador o cuando no ha cancelado los aportes, aunque debe hacerlo.

Que en este asunto está claro que esto no es de carácter sancionatorio puesto que desde la contestación de la demanda se ha venido indicando que para el caso en particular entre el periodo comprendido entre el 13 de julio de 1972 al 04 de mayo de 1987, que fue en el tiempo que la demandante laboró en el municipio de Puerto Berrio, no existía la obligación y tampoco la posibilidad por parte de la entidad de realizar los aportes a lo que era el Seguro Social, puesto que para ese momento no existía cobertura del ISS en dicho municipio sino que ello operó a partir de la expedición del decreto 905 del año 1990 y es por esa razón que no puede imponerse condena de aportes como carácter sancionatorio a la entidad, pues para dar un equilibrio que en justicia merece, la Corte Constitucional a través de la sentencia citada, lo que consideró es que se debía efectuar esos aportes para que se le permitiera a la parte demandante acceder a los requisitos para consolidar su derecho pensional y para el caso de la demandante, no es aplicable, pues como quedó probado en este proceso la actora ya se encuentra recibiendo su pensión.

Que, en el evento de confirmarse la condena impuesta, no se imponga la obligación de realizar un cálculo actuarial sino el pago del retroactivo por aportes pensionales como lo ha establecido la Corte Constitucional la cual señaló que para proteger la sostenibilidad financiera del sistema se ha ordenado que los tiempos no cotizados por falta de cobertura se validen a través de diversos mecanismos y es precisamente liquidar con valores actualizados lo que el empleador dejó de aportar en su momento.

Que, si bien el sentenciador ordenó a la AFP PORVENIR a efectuar el cálculo actuarial, no se dejó establecido con base en qué salario se iban a realizar, por lo que solicitó que se realice el mismo con base en el salario mínimo legal mensual establecido por el gobierno nacional para dicha época.

#### **Alegatos de Conclusión:**

En la oportunidad de ley, el apoderado judicial del **demandante**, presentó escrito de alegatos de conclusión solicitando que se confirme íntegramente la sentencia de primera instancia, solicitando igualmente que se impongan en esta instancia condena en costas procesales.

Por su parte, el apoderado judicial de **PORVENIR**, reiteró sus argumentos objeto de apelación, haciendo hincapié en que el fallo de primera instancia no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para facultar al A quo a proferir una condena como la impuesta a cargo de la AFP, pues en el transcurso del proceso no se llevó a cabo un debate sobre los supuestos perjuicios, aspecto que el señor Juez dio por probado y por consiguiente, la sentencia tomó por sorpresa a Porvenir S.A., entidad que no tuvo la oportunidad procesal de oponerse a la procedencia de dichos perjuicios, más aun cuando en el asunto no se encuentran probados los elementos constitutivos de la responsabilidad a efectos de condenar a la AFP al pago de la indemnización de perjuicios.

De otro lado, el apoderado judicial del **BANCO BBVA**, expuso que para las fechas comprendidas entre el 13 de julio de 1972 hasta el 04 de mayo de 1987, no existía obligación o posibilidad para la entidad de realizar dichos aportes, tomando en cuenta que para dicho lapso no contaba con la creación o cobertura dentro de dicho municipio, sino que dicha obligación se vuelve exigible a partir de la expedición del decreto 905 de 1990 y que además, dichos aportes deben ser realizados en favor de la administradora de pensiones, no por la totalidad del tiempo laborado (sin cobertura del ICSS), sino por el "*necesario restante para que la persona pueda pensionarse o todo si las semanas aún son insuficientes*" situación que para el caso en concreto se torna inaplicable en consideración a que la demandante ya se encuentra pensionada y recibiendo sus mesadas correspondientes, tal como se acreditó al interior del proceso.

A la doctora KELLY YISETH HOLGUIN SERNA, portadora de la tarjeta profesional TP. 238.479 del C. S de la J., se le reconoce personería en los términos del poder conferido, para representar a Colpensiones.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** al presentar su escrito de alegatos de conclusión puso de manifiesto que la sentencia notificada, no se impuso obligación ni condena alguna en contra de la entidad, por lo que la sentencia no fue objeto de recurso. Que en todo caso solicita que se confirme la decisión dado que resulta claro que la demandante Luz Marina Cruz Serna, al ostentar el estatus de pensionada en el RAIS, tiene una situación jurídica consolidada que no es posible revertir a la luz del precedente jurisprudencial establecido por la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia CSJ SL373-2021. Imploró además que no se imponga condena en costas en ninguna de las instancias.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

## VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

**Naturaleza jurídica de la pretensión.** –. - La Ineficacia en el traslado de régimen pensional- pensionado en el RAIS- Cálculo actuarial. Facultades ultra y extra petita – Indemnización de perjuicios.

**El objeto central de esta Litis**, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR y por el apoderado del BANCO BBVA, en sus recursos de apelación, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 66 del CPT y SS. Así pues, esta sala procederá a determinar: **i)** si es procedente la condena a cargo de la AFP PORVENIR por concepto de indemnización de perjuicios, en aplicación de las facultades ultra y extra petitas aplicas por el A quo. **ii)** Si le asiste obligación al BANCO BBVA de responder por el tiempo laborado y no cotizado a caja o fondo de pensiones, con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, con respecto a la trabajadora demandante y en caso afirmativo, **iii)** determinar la manera en que debe operar el pago de dicha obligación y sobre qué salarios se debe efectuar.

De entrada, precisa la Sala que no deviene cuestionado en este proceso la orden efectuada por el A quo en el **numeral segundo** de la sentencia que declaró la improcedencia de los efectos prácticos de la ineficacia del traslado de régimen de la señora LUZ MARINA CRUZ SERNA, hacia la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A. por ostentar el estatus de pensionada en dicho fondo del RAIS; lo cual constituye una situación jurídica consolidada que no es posible revertir a la luz del precedente jurisprudencial establecido por la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia CSJ SL373-2021.

Pues bien, luego de no acogerse las suplicas de la demandante relativas a la declaratoria de la ineficacia del traslado, el A quo condenó a la AFP PORVENIR al reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios, ante la

omisión del deber de información en el acto jurídico de traslado de régimen pensional, apelando al principio de congruencia y a las facultades ultra y extra petita.

Justamente dicha condena es objeto de disenso por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR en su recurso de alzada, quien arguyó que, ni en los hechos ni en las pretensiones de la demanda, la parte actora solicitó la indemnización de perjuicios y que tal aspecto tampoco fue incluido en la fijación del litigio y, en cambio, el juez los declaró probados, tomando por sorpresa a la AFP, entidad que no contó con la oportunidad procesal para oponerse a la prosperidad de tal condena.

Para zanjar esta controversia es indispensable precisar que, en efecto, y conforme lo alega el apoderado recurrente de la AFP PORVENIR, los hechos y las pretensiones de la demanda se circunscribieron a la “nulidad” del traslado de régimen pensional y en nada se refirió sobre una posible condena de indemnización de perjuicios por la falta de deber de información al momento del traslado de régimen pensional que realizó la demandante, lo cual es atendible teniendo en cuenta que esta demanda fue planteada en el año 2015.

Ahora, cabe advertir que ha sido pacífica la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en explicar, que, ante la falta de prosperidad de la ineficacia del traslado de régimen, queda a salvo **el derecho del pensionado** de demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, si así lo considera pertinente, según sentencia CSJ SL373 de 2021 reiterada en CSJ SL1577 de 2022.

Se resalta además que la demanda interpuesta por la señora LUZ MARINA CRUZ SERNA no fue objeto de modificación o reforma, razón por la cual la fijación del litigio se enmarcó en determinar si en el caso en concreto procedía o no la declaratoria de ineficacia del traslado.

En ese sentido, ni la contestación de la demanda, ni las pruebas que se arrimaron al proceso, tuvieron como propósito controvertir una posible indemnización de perjuicios, aspecto que solo fue introducido por el A quo al momento de proferir la sentencia, indicando que hacía uso de las facultades ultra y extra petita, sorprendiendo a la parte demandada con la decisión adoptada, respecto de quien, se insiste, ésta no tuvo la oportunidad de debatir, por ningún medio esta condena, sino solo en sede de apelación.

Con tal objeto, lo primero que debe recordarse es que el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social dispone que: *«el juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».*

Dicha facultad, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-662 de 1998, fue otorgada por el legislador a los jueces de única y primera instancia laboral, lo que impide que los falladores de segundo grado emitan sentencias condenatorias con base en las facultades extra y ultra petita, entre otras cosas porque de hacerse así, se vulneraría el legítimo derecho de defensa de la parte demandada, quien no tendría la posibilidad de controvertir esa decisión por medio del uso del recurso de apelación.

Ahora, sobre el tema, como indica la CSJ, entre otras providencias en el auto AL3480-2021, Radicación n.º 8298, *“el juez de segundo grado, en principio, no puede hacer uso de ellas, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados, conforme lo dispuesto en la sentencia CC C-968-2003 tal y como lo ha señalado esta Sala en forma reiterada desde la providencia CSJ SL5863-2014.”*

Y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3614-2020, indicó lo siguiente:

*“Así, la facultad extra petita –por fuera de lo pedido– requiere rigurosamente que **los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.***

*Por su parte, la ultra petita –más allá de lo solicitado– exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y (ii) que del juicio no emerja que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor”.*

En armonía con lo anterior, la CSJ en providencia AL3480-2021 se refirió sobre las referidas facultades extra y ultra petita, y su incidencia con la congruencia de la sentencia a saber:

**“Teniendo en cuenta las facultades ultra y extrapetita, el juez no puede desbordar el marco trazado por las partes en conflicto, de modo que le está vedado pronunciarse, sin más, sobre supuestos y peticiones no incluidas ni discutidas por las partes al interior del proceso y que, por ello, nunca pudieron ser debidamente consideradas pues, sin perjuicio de que puedan presentarse eventos que al momento de presentación de la demanda no se preveían o que el funcionario judicial pueda declarar derechos más allá de lo pedido, lo cierto es que ello se enmarca en un respeto de los derechos de defensa y contradicción de las partes y debe guardar total correspondencia con los hechos y pretensiones planteados desde el comienzo, debidamente probados y alegados por la parte interesada.**

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

En sentencia CSJ SL911 -2016, la Corte explicó: **Es así que esta Sala de la Corte, de antaño ha señalado que es base esencial del debido proceso laboral, que las sentencias se enmarquen dentro de la causa petendi invocada por el promotor del proceso.** Si es el fallador de segundo grado quien desborda ese estricto límite y resuelve ex novo -sobre pretensiones que no fueron debatidas en las instancias-, también incurriría en un quebranto de dicho principio y si la transgresión a tal institución es determinante y afecta el derecho de defensa de una de las partes involucradas en el proceso, tal decisión será susceptible de cuestionamiento en el recurso extraordinario de casación, porque a través de la violación medio de la disposición procesal referida, se reconoce un derecho sustancial, mediante el quebranto de los presupuestos constitucionales y legales del debido proceso (SL911-2016).

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que dicho principio tiene algunas **excepciones como son:** (i) **los hechos sobrevinientes**, es decir, aquellos ocurridos con posterioridad al escrito inicial y que tienen la capacidad de afectar aspectos relacionados con los hechos y pretensiones allí planteados, lo cuales deberá tener en cuenta el juez al momento de proferir la sentencia, **siempre que aparezcan probados y que hayan sido alegados por la parte interesada**, como por ejemplo, la liquidación de la empresa -caso en el cual el operador jurídico deberá abordar otras soluciones jurídicas en orden a esa nueva realidad- y (ii) la posibilidad de juzgador en materia laboral, de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita).

Realizadas las anteriores precisiones, subraya este colegiado que, no es procedente acudir a las facultades extra y ultra petita establecidos en el artículo 50 del CPTSS, para establecer una condena por la reparación integral de perjuicios por la desmejora en la cuantía de la pensión, en tanto en este caso en particular, no se formuló como pretensión principal o subsidiaria y, especialmente, por cuanto la demandada AFP PORVENIR no tuvo la oportunidad de controvertir estos hechos a lo largo del proceso.

A juicio de esta magistratura, el juez oficiosamente no puede imponer o tasar la indemnización de perjuicios, por cuanto en la demanda no devienen solicitados y aunque en el libelo genitor, se solicita el reconocimiento de lo ultra y extra petita, la parte demandada y en particular la AFP PORVENIR, no tuvo la

posibilidad de impugnar estos hechos a lo largo del proceso, y, además, el tema de los eventuales perjuicios no se refiere a la afectación de derechos mínimos e irrenunciables estando también probado en este asunto que la demandante, goza de su derecho pensional desde el año 2013.

A la luz de lo expuesto, concluye la Sala que ante unas futuras y eventuales pretensiones planteadas por la demandante en contra de la AFP PORVENIR, relativas a la indemnización de perjuicios por la desmejora en la cuantía de la pensión, las mismas no tendrían el efecto de cosa juzgada en virtud de este proceso.

En tales circunstancias, esta Sala **REVOCARÁ** los **numerales primero y tercero** de la sentencia, que declaró que la AFP PORVENIR omitió el deber de información en el acto jurídico de traslado de régimen pensional suscrito por la demandante LUZ MARINA CRUZ SERNA del RPM al RAIS y condenó a dicha AFP a reconocer y pagar a la actora a título de indemnización de perjuicios \$1.149.554.109.

#### **Cálculo actuarial.**

Pasará la Sala a analizar si el BANCO BBVA se encuentra obligado a la realización del cálculo actuarial que se implora en la demanda, aspecto que deviene cuestionado en el recurso de apelación.

Pues bien, el juez de instancia ordenó al BANCO BBVA a pagar el título pensional previo cálculo actuarial elaborado por Porvenir S.A., por el periodo comprendido entre el 13 de julio de 1972 y el 04 de mayo de 1987, lapso durante el cual laboró en calidad de trabajadora LUZ MARINA CRUZ SERNA, sin cotizaciones, en los términos del Decreto 1887 de 1994 y demás normas que lo adicionen y complementen.

En el caso de marras, no se discute que la demandante laboró para el BANCO GANADERO hoy BANCO BBVA, desde el 13 de julio de 1972 hasta el 30 de noviembre de 1989 en la sucursal del Municipio de Puerto Berrio y desde el 10 de diciembre de 1989 hasta el 30 de agosto de 2010 en la Sucursal de Medellín, pues este hecho deviene aceptado por la entidad al contestar la demanda.

Tampoco es objeto de cuestionamiento que el BANCO BBVA, se subrogó del BANCO GANADERO el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y

muerte de la trabajadora demandante y que la entidad no efectuó el pago de los aportes a la seguridad social de la ex trabajadora en el interregno del **13 de julio de 1972 hasta el 4 de mayo de 1987**, pues solo se registra el pago de aportes desde el 05 de mayo de 1987, según la historia laboral de Colpensiones, veamos:

**INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** .lit. 860.013.816-1  
**VICEPRESIDENCIA DE PENSIONES - REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES**  
**PERIODO DE INFORME: Enero 1967 hasta Enero 2010**

**INFORMACION DEL AFILIADO**

Tipo Documento: <b>Cédula de Ciudadanía</b>	Fecha Nacimiento: <b>01/04/1955</b>
Número Documento: <b>21929058</b>	Fecha Afiliación: <b>05/05/1987</b>
Nombre: <b>LUZ MARINA CRUZ SERNA</b>	Correo Electrónico:
Dirección:	Ubicación:
Estado Afiliación: <b>Asignado a otro fondo por Decreto 3800</b>	

**RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR**

[1] Identificación Empleador	[2] Nombre de la Entidad Social	[3] Desde	[4] Hasta	[5] Último Salario	[6] Semanas	[7] Lic.	[8] Sim.	[9] Total
2019400052	BANCO GANADERO S.A.	05/05/1987	08/02/1990	\$79.290	144,43	0	0	144,43
2016200812	BCO GANADERO SUCUR EL POBLA	08/02/1990	30/06/1994	\$293.407	229,14	0	0	229,00
2016200727	BANCO GANADERO S A	30/06/1994	31/12/1994	\$212.723	26,43	0	0	26,29
860003020	BANCO GANADERO PUERTO BOYACA	01/01/1995	31/05/1995	\$262.904	21,43	0	0	21,43
860003020	BCO GANADERO AV ORIENTAL	01/06/1995	30/06/1995	\$788.712	4,29	0	0	4,29
860003020	BANCO GANADERO PUERTO BOYACA	01/07/1995	31/08/1995	\$284.264	8,57	0	0	8,57

En certificación anexa con la demanda, el BANCO BBVA de manera expresa le informó a la demandante que, los aportes entre el **13 de julio de 1972 hasta el 4 de mayo de 1987 dejados de cotizar por no cobertura por parte de ISS en el Municipio de Puerto Berrio, estarán a cargo de dicha entidad.**

Bogotá, Septiembre 09 de 2013

Señora  
**LUZ MARINA CRUZ SERNA**  
Calle 29 No. 83-14 Belén Los Alpes  
Medellín

**REFERENCIA: DERECHO DE PETICIÓN**

Respetada señora,

Con el fin de dar respuesta definitiva a su petición y teniendo en cuenta que usted se encuentra afiliada al RAIS (Anexamos certificación), nos permitimos adjuntar los documentos que relacionamos a continuación, para efectos del trámite de emisión del bono pensional, así mismo certificamos las dependencias donde prestó sus servicios:

- Certificación de salario a junio 30 de 1992, conforme a lo establecido en el Artículo Tercero Decreto 13 de 2001.
- Certificación conforme a lo establecido en el Decreto 1748/95 y 1513/98
- Formato 2 A

Teniendo en cuenta que su historia laboral no refleja los aportes correspondientes a los períodos del 13 de julio de 1972 al 4 de mayo de 1987, nos permitimos informarle que estos tiempos dejados de cotizar por no cobertura por parte del ISS en el municipio de Puerto Berrio, estarán a cargo del Banco.

Por lo anterior, una vez usted cumpla con los requisitos para obtener su pensión de invalidez, vejez y/o muerte, el Banco procederá a trasladar el valor del cálculo actuarial correspondiente a los tiempos no cotizados.

Cualquier información adicional requerida, con gusto será atendida y suministrada en la carrera 9 No. 72-21 piso 10º, teléfono 2841072- 3471600 Extensión 11065.

Cordial Saludo,

  
**HENRY GALLO CASTILLO**  
Director  
Gestión de Beneficios

Así las cosas, existe plena certeza en este asunto de la relación laboral existente entre la demandante y el BANCO BBVA y la omisión en que incurrió dicha entidad en el pago de los aportes a la seguridad social en el lapso entre **3 de julio de 1972 hasta el 4 de mayo de 1987**.

Ahora, el apoderado judicial del BANCO BBVA, discute que para el momento en que se dejó de **cotizar no existía cobertura por parte del ISS** en el Municipio de Puerto Berrio, y que por tanto no está obligada a efectuar el cálculo

actuarial, señalando seguidamente que en el evento de confirmarse la condena se ordene en cambio el pago del retroactivo por aportes pensionales como lo ha establecido la Corte Constitucional.

Será preciso entonces, tratar el tema de la responsabilidad que le asiste al empleador respecto a las obligaciones que reclama el demandante por un tiempo durante el cual laboró a su servicio, antes de cobrar vigencia la Ley 100 de 1993.

Al respecto no puede perderse de vista que, si bien no se había creado la ley unificadora de la seguridad social para los periodos comprendidos entre el 16 de julio de 1959 y el 31 de diciembre de 1966; era el propio empleador el que asumía el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, y por ende estaba obligado a realizar los aprovisionamientos necesarios para cumplir con esa eventual pensión, pues así lo ordenaba la **Ley 90 de 1946**, y así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como puede verse en la sentencia CSJ SL 9856-2014, reiterada en las providencias CSJ SL 1300-2014, CSJ SL 10122-2017, CSJ SL068-2018 y CSJ SL-3547-2018, SL-976-2022, y SL-3760-2022, donde se definieron los siguientes aspectos: **(i)** que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; **(ii)** que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y **(iii) que la manera de concretar esa responsabilidad es mediante el traslado del CÁLCULO ACTUARIAL para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.**

La Corte, ha indicado que la omisión en la afiliación por cualquier causa se resuelve con normas vigentes al momento en que se causa el derecho pensional reclamado y no las que regulaban la falta de afiliación para el momento en que el empleador incurrió en dicha omisión. Así lo precisó la Sala en sentencia CSJ SL14215-2017:

*(...) Al respecto, es suficiente recordar que a la luz de la jurisprudencia actual de esta Sala, «las normas que pueden contribuir a resolver [las] hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que afecte su sostenibilidad financiera» (...).*

Razonamientos que también fueron acogidos por la Corte Constitucional en el Auto 068 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, y el cual se ha aplicado en varias sentencias de tutela, expuso:

*“En la sentencia T-784 de 2010 la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho a la seguridad social, pues la reconstrucción que hizo del régimen pensional aplicable a quienes trabajaban para las empresas dedicadas a la actividad petrolera, **le permitió acertadamente advertir que estas últimas sí estaban obligadas desde la Ley 90 de 1946 a efectuar los provisionamientos correspondientes para efectuar las cotizaciones al seguro social cuando así se les exigiera de acuerdo con la ley.** No obstante, está claro en el proceso que durante todo el tiempo que el señor Julio César Ariza Pinilla trabajó para las entidades demandadas, estas últimas se beneficiaron de la fuerza de trabajo del tutelante, quien prestó sus servicios personales bajo subordinación jerárquica, pero no hicieron los provisionamientos pensionales que le depararan a este último al llegar a su vejez, una vida verdaderamente digna y humana. La Corte Constitucional debe, entonces, corregir ese problema...”*

Criterios jurisprudenciales que comparte y acoge esta colegiatura, toda vez que en un estado social de derecho no se puede tolerar el que una persona que entregó su fuerza de trabajo por varios años, se vea perjudicada con la negación de un derecho constitucionalmente consagrado, irrenunciable y directamente relacionado con el mínimo vital como principio y derecho iusfundamental, aunque como en el caso de la demandante se encuentre pensionada, pues estas cotizaciones le pertenecen independientemente al trabajador en punto de que satisfaga o no los requisitos una pensión de vejez.

Debe decirse además que, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha dejado en claro que la figura que debe utilizarse para estos efectos, es la del CÁLCULO PENSIONAL, misma que debe ser asumida en su TOTALIDAD por el empleador, o las empresas que en su momento constituyeron tal figura (sentencias SL-3547 del 22 de agosto de 2018, con radicación 68.421, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO y SL2465-2021), veamos:

*“...De entrada, se advierte que de manera reiterada, la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que es viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados **por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional,** sean computados a través de cálculos actuariales representados en títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador complete la densidad de cotizaciones exigida por la ley; esto es, bajo el entendido que el derecho a la seguridad social es irrenunciable e inalienable...”*

De este modo, la figura del cálculo actuarial, impide que el trabajador tenga que soportar las consecuencias por la falta de afiliación atribuible a su empleador, y, en consecuencia, garantiza que sus derechos mínimos e irrenunciables no se vean afectados por dicha omisión, pues a través de esa institución, el legislador permite que el periodo en que no se hicieron los aportes a un fondo pueda contabilizarse dentro de su historial de semanas de cotización. De ahí que constituye una solución equilibrada para los casos de omisión de la afiliación, dado que no solo permite materializar la finalidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, sino la sostenibilidad del mismo, sin perjuicio de las prerrogativas de los trabajadores<sup>1</sup>.

Descendiendo al sub Litis, y atendiendo a la jurisprudencia antes transcrita, no se acogerán las suplicas del apoderado judicial del BANCO BBVA, porque al tenor de la jurisprudencia antes transcrita, la entidad le es imputable la obligación de pagar los aportes dejados de cotizar por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, bajo la figura del cálculo actuarial.

Ahora, el apoderado recurrente solicitó que en el evento de confirmarse la condena se ordene liquidar el cálculo actuarial teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para dicha época.

Este colegiado no acogerá dicha suplica, considerando que de acuerdo al material probatorio se tiene acreditado específicamente el valor devengado por la demandante para cada anualidad en que no se efectuaron los aportes, conforme procede a explicarse.

Con la demanda se anexó el contrato de trabajo de la demandante que data del año 1972 y en el mismo se especifica que aquella devengaba como salario para esa época \$1.000, veamos:

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia - Sentencia **STL11357-2021**.

**BANCO GANADERO**  
**CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO**

FECHA: JULIO 13 DE 1.972  
 NOMBRE: LUIS MARINA CRUZ SERRA  
 OFICINA: PUERTO BERRIO  
 SECCION: CAJERA AUXILIAR - AHORROS

Entre los suscritos a saber **Juan Rafael Aguado Giraldo** con Cédula Mayor de edad, venido de **Pto. Berrío** y **Luis Marina Cruz Serra** con Cédula de Ciudadanía No. **5°241.526** expedida en **Medellín** quien obra en su carácter de **Garante** del BANCO GANADERO oficina de **Pto. Berrío Ant.** sociedad anónima con domicilio principal en Bogotá, D.E. obrando en nombre y representación de dicho BANCO por una parte y quien se denominará en este documento el BANCO, y por la otra **Luis Marina Cruz Serra** de **17** años de edad, de estado civil **Soltera** portador de la **Tarjeta Identidad No. 550.414** expedida en **Pto. Berrío** quien en adelante se denominará el TRABAJADOR, hemos celebrado el contrato de trabajo que se consigna en las siguientes cláusulas:

**PRIMERA:** EL TRABAJADOR se obliga para con EL BANCO, a prestar de manera exclusiva sus servicios personales en el desempeño de las funciones de **Cajera Auxiliar - Ahorros** con sujeción a los reglamentos, órdenes e instrucciones que le señale o imparta el BANCO y de las que va existiendo en el momento de suscribir el presente contrato.

**SEGUNDA:** EL TRABAJADOR desempeñará sus funciones en las oficinas del BANCO en **Puerto Berrío** pero podrá ser trasladado a cualquier lugar donde tenga dependencias el BANCO y en donde, a juicio de éste, se requieran sus servicios de manera permanente o transitoria, siempre que ello no implique desmejoramiento en su remuneración o en su categoría.

**TERCERA:** EL TRABAJADOR prestará sus servicios todos los días laborables de la semana y su jornada de trabajo registró de acuerdo con lo dispuesto por los Artículos 161 y 163 del Código Sustantivo del Trabajo.

**CUARTA:** Si por razón de sus funciones, EL TRABAJADOR no está exento de la jornada máxima legal, cualesquiera labor extraordinaria, para ser remunerada, deberá ser autorizada por escrito.

**QUINTA:** EL BANCO, se obliga a pagar al TRABAJADOR, como retribución por sus servicios, un sueldo mensual y tipo de **Un mil pesos** \$1.000.000, moneda legal colombiana, que le será cubierto en la respectiva oficina del lugar de trabajo, por cuotas proporcionales a quincenas vencidas de cada periodo mensual quedando incluida en este sueldo la remuneración del descanso dominical y de los demás días de fiesta legal. EL TRABAJADOR no tiene derecho a alimentación ni habitación suministradas por EL BANCO ni a ninguna compensación en especie.

Dicho texto se coteja con el documento aportado por la propia parte demandada denominado REGISTRO DE EMPLEADO, que milita en el PDF 03 folio 185 y ss, en el cual se relacionan los salarios devengados por la demandante desde el año 1972 y siguientes, reseñándose inicialmente que la demandante para el año 1972 percibía como salario \$1.000, veamos:

BANCO GANADERO		REGISTRO DE EMPLEADOS		Tel. No.	Cód.
Luis Marina Cruz Serra		Dirección: Pto. Berrío Car. 6 Cal. 7		82.406.7	22512-6
Ingreso en prueba: Julio 13 de 1.972		FECHA TRASLADO		de Pto. Berrío	
Fecha de ingreso definitivo: Septiembre 13 de 1.972		PUERTO BERRIO		Abr. 19/94	
Fecha de nacimiento: Abril 14 de 1.955		REGIONAL NOROCCIDENTE			
Nacimiento: Municipio: Pto. Berrío Departamento: Antioquia		SUC. CENTRAL DE ABASTOS			
Nombre de los padres: Mauricio Cruz Martínez, Fanny Serra Martínez					
Estado Civil: <input checked="" type="radio"/> Soltero <input type="radio"/> Casado <input type="radio"/> Viudo <input type="radio"/> Unión libre					
Nombre del cónyuge:					
Nombre de los hijos:					
		Fecha retiro:			
		Motivo:			

FECHA	NOMBRE DE LOS PUESTOS	Tiempo Servicio		SUELDO	PRIMA CONVENCIONAL	TOTAL	TOTAL DEVENGADO	PRIMAS SEMESTRALES				
		En c/ mes	Según contrato					Fecha	Legal	Extralegal	Total	
Julio 13/72	Cajera Aux. Ahorros			1.000,00								
Ene. 1/73	" " Aum. Convención			1.200,00								
Julio 16/73	Secretario de Gerencia. Carg. 669			1.200,00								
Julio 16/73	" " Aum. Conv. Tech. Directiva			1.200,00								
Ene. 1/74	" " Aum. Convención			1.400,00								
Ene. 1/74	Administrador. Cat. 2			2.400,00								
Febrero 14/75	" " Aum. S.			2.300,00								
Dic. 1/75	Aux. 3 Cat. 3 Carg. 23807-11206			2.450,00								
Ene. 1/76	" " Aum. Convención			3.100,00								
Ene. 1/77	" " Aum. S. Convención			3.700,00								
Julio 13/77	Aux. 4 " " Aum. S. C. 2995			3.938,00								
Agosto 19/77	" " Aum. Convenc.			4.874,00								
Ene. 1/78	" " Aum. Convenc.			5.574,00								
Julio 1/78	" " Aum. Convenc.			5.849,00								
Ene. 1/79	Aux. 4 General Catg. 3			7.374,00								
Jul. 1/79	" " Aum. Convenc.			7.374,00								
Ene. 1/80	" " Aum. Convenc.			10.200,00								
Ene. 1/81	" " Aum. Convenc.			12.400,00								
Ene. 1/81	Aux. 3 Contabilidad Ctg. 4 o. 40			13.400,00								
Ene. 1/82	Aumento convencional			16.735,00								
Jul. 1/82	" " Aum. Convenc.			17.175,00								
Ene. 1/83	Aumento Convención			20.690,00								
Ene. 1/84	Aumento Convención			25.190,00								
Ene. 1/85	Aumento Convención			29.940,00								
Ene. 1/86	Aumento Convención			35.590,00								
Ene. 1/87	AUMENTO CONVENCION			41.540,00								
Ene. 1/88	AUMENTO CONVENCION			50.890,00								
Ene. 1/88	AUMENTO CONVENCIONAL			61.940,00								
Ene. 1/88	Aux. 3 Cat. 4 Centro contable regional S. occid.			61.940,00								

Así las cosas, se confirmará la condena al BANCO BBVA, a realizar el cálculo actuarial, pero se **ADICIONARÁ** el numeral cuarto de la sentencia, en el sentido de que la entidad para efectuar dicho cálculo actuarial, deberá tener en cuenta el salario devengado por la demandante, según lo reseñado en el

documento denominado registro de empleados, incluyendo los aumentos convencionales que hagan parte del concepto de salario.

#### **COSTAS PROCESALES:**

Se revocan las costas de primera instancia a cargo de la AFP PORVENIR, ante la decisión adoptada. No se imponen costas en esta segunda instancia a cargo de dicha AFP ante la prosperidad de sus suplicas.

Las costas procesales en esta instancia estarán a cargo del BANCO BBVA y a favor de la demandante. Las agencias en derecho en segunda instancia ascienden a la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente que pagará el banco demandado a la actora.

#### **VIII. - DECISIÓN.**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** los **numerales primero y tercero** de la sentencia, que declaró que la AFP PORVENIR omitió el deber de información en el acto jurídico de traslado de régimen pensional suscrito por la demandante y condenó a dicha AFP a reconocer y pagar a la demandante a título de indemnización de perjuicios \$1.149.554.109.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el **numeral cuarto de la sentencia**, en el sentido de que el BANCO BBVA para efectuar el cálculo actuarial, deberá tener en cuenta el salario devengado por la demandante, incluyendo los aumentos convencionales que hagan parte del concepto de salario, según lo reseñado en el documento denominado registro de empleados, conforme a lo explicado en la parte motiva.

**TERCERO:** Confirmar en todo lo demás la sentencia de primera instancia, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

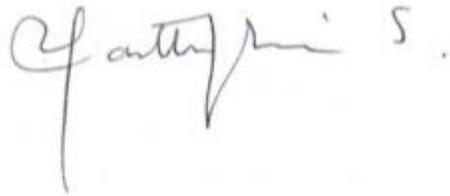
**CUARTO: REVOCAR** las costas de primera instancia a cargo de la AFP PORVENIR, ante la decisión adoptada. No se imponen costas en esta segunda instancia a cargo de dicha AFP. Las costas procesales en esta instancia estarán

a cargo del BANCO BBVA y a favor de la demandante. Las agencias en derecho en segunda instancia ascienden a la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente que pagará el banco demandado a la actora.

**QUINTO:** En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**SEXTO: SE ORDENA** la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

**Los magistrados**



**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**



**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**



**CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**