



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, dieciséis de junio de dos mil veintidós

S20-148

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN
Demandante: **MARIA AMPARO TOBON DE CARDONA**
Demandado: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-010-2017-00061-01.
Tema: ineficacia, pensión vejez y perjuicios
Decisión: **MODIFICA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes dentro del proceso de la referencia.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 18** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la demandante mediante este trámite, en síntesis, que tras la declaratoria de NULIDAD del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media sin solución de continuidad, ordenándose a PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con sus rendimientos financieros, para efectos de ser imputados en la Historia Laboral.

Adicional a lo anterior, pretende que se condena a Colpensiones a reconocer y pagar la PENSIÓN DE VEJEZ a partir del 6 de febrero de 2013, conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 758 de 1990, incluyendo las mesadas adicionales de cada

anualidad y los intereses moratorios regulados en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 o subsidiariamente la indexación de las condenas, y las costas del proceso.

Así mismo solicita que se condene a PORVENIR S.A. a pagar la indemnización por los perjuicios ocasionados correspondiente, de un lado, al retroactivo dejado de percibir entre el cumplimiento de la edad mínima exigida y la fecha de la última cotización efectuada, y de otro, la pérdida del 30% de las prestaciones incoadas, con base en el contrato de prestación de servicios suscrito con su apoderado.

1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES, EXPUSO LOS SIGUIENTES HECHOS:

- ✓ Que nació el 6 de febrero de 1958, cumpliendo 55 años el mismo día y mes del año 2013 momento para el cual acumulaba 1.061,71 semanas.
- ✓ Que es beneficiaria del régimen de transición dado que para la fecha de entrada en vigencia del sistema, tenía más de 35 años y al 25 de julio de 2005 contaba con 753,72 semanas.
- ✓ Que en toda su vida laboral ha acumulado 1.272,43 semanas.
- ✓ Que Colpensiones está desconociendo 17.85 semanas cotizadas dado las imputaciones de pago efectuadas en los ciclos de mayo de 1995, y junio a septiembre de 1999 con el empleador Flores Carmel S.A.
- ✓ Que el 26 de marzo de 2000 diligenció formulario de vinculación con Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., fusionada en diciembre de 2013 con Porvenir S.A. (enlista la información suministrada y los aspectos que no le explicó el asesor).
- ✓ Que a los 55 años habría obtenido una pensión de vejez en el régimen de prima media de no haber mediado un nefasto traslado con vicios en su consentimiento, viéndose obligada a seguir cotizando al RAIS.
- ✓ Que el engaño sufrido por parte de la AFP privada la ha sumido en un estado total de desazón e incertidumbre frente a su situación pensional, de cara al proyecto de vida y el de su familia, causándole así un perjuicio moral.

- ✓ Que Colpensiones resolvió desfavorablemente su solicitud de nulidad de traslado.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció COLPENSIONES indicando que únicamente le constaba la fecha de nacimiento de la demandante, así como la respuesta suministrada a la reclamación elevada, que lo demás debía ser objeto de acreditación en la litis, toda vez que de las pruebas allegadas se colegía la validez y eficacia de la afiliación al RAIS. Por su parte, Porvenir S.A. negó el incumplimiento del deber de información al señalar que le brindó la asesoría necesaria acerca de las características y funcionamiento del RAIS, así como las ventajas y desventajas, y todo lo relacionado con el régimen de transición, del que ya NO era beneficiaria la reclamante por haberse trasladado al RAIS, conforme el razonamiento plasmado en la sentencia SU-062 de 2010, toda vez que para el 1 de abril de 1994 contaba con 190 semanas cotizadas de las 750 requeridas, densidad que tampoco acreditaba para el 25 de julio del 2005 al ajustar 542. Continúa indicando que la accionante tomó una decisión informada, consciente, libre, espontánea y sin presiones. Aclara que la demandante nunca le solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que sus afirmaciones se trataban de especulaciones infundadas. Advierte que tampoco se había acreditado algún perjuicio, ni los elementos constitutivos de la responsabilidad.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 25 de junio de 2020, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que la demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los aportes efectuados al riesgo de pensiones, existentes en la cuenta individual de ahorro pensional, junto con los rendimientos que se hubieren generado y las comisiones cobradas.

Consecuentemente a lo anterior y una vez recibidos los recursos aludidos, ordenó a COLPENSIONES atender el reconocimiento de la prestación económica de vejez a que tuviera derecho la actora, previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales para ello, entidad que además debía:

“(…) adicionar al reporte de cotizaciones, las semanas reconocidas en la presente sentencia, por cuenta de la Sociedad C.I. FLORES CARMEL S.A.S. de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, debiendo emprender las gestiones y acciones tendientes al pago efectivo de los aportes adeudados por la prenombrada Sociedad C.I. FLORES CARMEL S.A.S. (...)”

De otro lado, señaló que las excepciones formuladas por las demandadas habían quedado implícitamente decididas sin hallar prosperidad, salvo la IMPROCEDENCIA DE INTERESES MORATORIOS Y LA INDEXACIÓN que declaró prospera.

Finalmente condenó en costas a Porvenir S.A. fijando como agencias en derecho la suma de un SMLMV a favor de la demandante.

Dentro del término concedido por la ley, las partes interpusieron y sustentaron recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA CONDENAR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en algunas de las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

Así las cosas, tras declarar la ineficacia, adujo que de permanecer en el régimen de prima media, la demandante habría causado la pensión por vejez el 6 de febrero de 2013, cuando cumplió los 55 años, dado que para tal data contaba con algo más de 1000 semanas cotizadas, efecto nocivo derivado de la afiliación del que nadie le habló, pues Porvenir no lo acreditó.

Lo anterior al advertir, previamente, que no le era dable al ISS aplicar imputaciones de pagos, sino que debió efectuar los requerimientos o acciones contra el empleador, sin trasladar consecuencias negativas a la afiliada de cara a alguna omisión, procediendo la inclusión de 17,83 semanas, las que le permitían superar las 750 en julio de 2005 y consecuentemente mantener el cobijo de la transición hasta el año 2014.

Precisó que Colpensiones sólo reconocería el disfrute de la pensión de vejez a partir del cese de cotizaciones o acreditación del retiro del régimen pensional, una vez constatará tal información con Porvenir S.A., aclarando que la actora, a junio de 2016, contaba con algo más de 1.200 semanas cotizadas

Consideró improcedente la indemnización de perjuicios deprecada al señalar que a través de la sentencia se estaban restableciendo los derechos de los que alguna vez se privó la actora tales como los beneficios del régimen de transición, aunado a que en el régimen de prima media era indispensable el retiro para disfrutar la prestación. Fue así como concluyó que Porvenir ningún perjuicio le había irrogado a la demandante.

Añadió que como el derecho a la pensión se reconoció en virtud de la sentencia, no era procedente la imposición de intereses moratorios, ni indexación de las mesadas que se pudieren causar, muchos menos a cargo de Colpensiones, toda vez que aun debía efectuarse diligencias administrativas, sin que la tardanza en el pago se hubiese ocasionado por su actuar.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN

2.2.1. INTERPUESTO POR LA PARTE ACTORA

Considera que debe reconocerse la pensión de vejez desde el cumplimiento de los 55 años de edad, es decir, 6 de febrero de 2013, consecuencialmente concederse los perjuicios deprecados, ordenándose el pago de los intereses moratorios o en subsidio la indexación.

Comienza por destacar una falencia avizorada en la Historia Laboral expedida por Porvenir S.A., según la cual la demandante había cotizado en Colpensiones 376 semanas, cuando realmente se constataban 465.60, además de las 17.83 adicionadas por el juez.

Aclarado lo anterior señaló que conforme había quedado probado, la afiliación a Horizonte efectuada en el año 2000 era ineficaz, y que al arribo de los 55 años la demandante ya contaba con la densidad necesaria para acceder a la prestación por vejez, siendo este el punto en el que se entendían generados unos perjuicios que claramente podían ser tasados ya que se le estaba impidiendo a la actora generar un retroactivo al verse avocada, a partir del año 2013, a continuar realizando cotizaciones a la seguridad social. Cimenta su postura en la sentencia de radicación 39.391 según la cual si bien la pensión se sometía a lo normado en el art. 13 del Decreto 758 de 1990, debiéndose en principio reconocer a partir del momento en que se dejaba de cotizar al

sistema, lo cierto era que no en todas las ocasiones se analizaba el caso desde dicha perspectiva, dado que operaba la teoría de la inducción en error cuando las cotizaciones devenían de ello.

En tal sentido considera que debe concatenarse dicha teoría con la indemnización de perjuicios materializados en no poder acceder a la prestación económica desde la fecha en que reunía los requisitos mínimos para ello, resaltando que al haber cotizado toda su vida con el salario mínimo, no era relevante efectuar aportes adicionales, pues ni aumentaría la tasa porcentual, ni su promedio.

Insiste que el perjuicio ocasionado se evidenciaba al haberle quitado a la demandante el beneficio que tenía sobre el régimen de transición pues no se estaba reconociendo la pensión desde el 6 de febrero de 2013, por lo que Porvenir debía pagar el retroactivo a título de perjuicios, desde el cumplimiento de los 55 años hasta la fecha de concesión de la prestación por parte de Colpensiones, la cual debía otorgarla a partir de junio de 2016, siendo este el último ciclo pagado.

Así las cosas, Porvenir también debía reconocer los intereses moratorios a título de perjuicios, conforme fue solicitado en la demanda, ya que por el descuido o desidia del fondo, que no realizó una correcta asesoría y desembocó en un traslado, la actora no pudo acceder oportunamente a la prestación económica por vejez, viéndose avocada a una espera en la resolución de la demanda incoada.

Que en el momento en que la accionante reciba un retroactivo, bien de parte de Colpensiones o a cargo de Porvenir, el mismo se habrá visto envilecido o desfasado en el tiempo debido a la inflación de la economía colombiana, debiéndose efectuar la corrección monetaria en caso de no resarcirse los perjuicios a través del pago de los intereses deprecados.

Finalmente destaca que mediante sentencia del 15 de octubre de 2015, en el proceso de radicación 050013105-015-2015-00449-00, el Tribunal consideró procedente ordenar los perjuicios aludidos.

2.2.2. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR PORVENIR S.A.

Se aparta del fallo de primera instancia en cuando a la ineficacia del traslado, aduciendo que para esa entonces, la afiliación cumplió con el lleno de los requisitos legales, suscribiéndose el

correspondiente formulario de manera libre y espontánea, materializándose el ejercicio de su libertad conforme lo estipulado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que ahora no podía pretender la accionante dejar sin efectos jurídicos un acto válido que nació a la vida jurídica, máxime cuando la demandante nunca manifestó inconformidad dentro de las oportunidades legales y tampoco retornó al régimen de prima media en el momento debido.

Resalta que los cambios normativos que se han presentado han afectado la pensión.

En cuanto a las comisiones que recaudó señala que siempre ha sido respetuosa de lo normado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que advierte que conforme la sentencia SU-062 de 2010, al declararse la nulidad o ineficacia de un traslado, las diferencias sobre las equivalencias que puedan generarse, deben ser asumidas por el accionante en un tiempo prudencial, sin que en parte alguna endilgara dicha obligación al fondo. No obstante ello, precisa que para la ley y la jurisprudencia era claro que la seguridad social en pensiones NO aseguraba la cobertura de una cuantía sino de una contingencia, sin que le hubiese negado en algún momento el derecho pensional a la demandante, y por el contrario el fondo había cumplido con su obligación. De lo contrario le correspondería al legislador determinar si el RAIS era más desventajoso frente al régimen de prima media o si debía mediar un cambio normativo.

Que al quedar demostrado que actuó conforme las leyes existentes, debía ser absuelta, revocándose el fallo de primera instancia.

2.2.3. RECURSO DE APELACION DE COLPENSIONES

Únicamente adujo que NO era procedente ordenarle reconocer la pensión de vejez de acuerdo a los lineamientos del régimen de transición ya que medio un traslado al régimen de ahorro individual, de lo contrario se estaría desconociendo el principio de sostenibilidad financiera de acuerdo al art. 48 de la Constitución Política, pues en desarrollo de los fines sociales del Estado colombiano, las instituciones que lo conformaban debían propender por la salvaguarda de los principios constitucionales, no sólo conforme la Carta Política, sino además la ley y convenios internacionales, por lo que la declaratoria injustificada de ineficacia de un traslado afectaba dicho principio, poniendo en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, situación reconocida por la Corte Constitucional en sentencia T-489 de 2010 según la cual no era aplicable cuando las personas se acogieran voluntariamente al RAIS, caso en el cual

se debían sujetar a las condiciones previstas para dicho régimen, posición reiterada en la SU-130 del 2013.

Que la Corte Suprema de Justicia estaba perdiendo de vista esa sentencia unificadora, al margen de que el fondo cumpliera o no con un deber de información, reiterando que la demandante NO podía recuperar el régimen de transición sin quebrantar el principio de seguridad financiera y generar una situación caótica por no haber efectuado una debida planeación, ni haberse presupuestado los recursos necesarios.

En dichos términos solicita se revoque la sentencia, calificando de negligente el descuido de la demandante, excusa en la que NO podía cimentar un vicio en el consentimiento, aunado a que Colpensiones no tenía por qué soportar dicha carga reconociendo una prestación causada en el año 2013.

Solicita que en segunda instancia no se imponga costas pues aunque de la lectura del Código General del Proceso las mismas proceden bajo un criterio objetivo, debe observarse que las mismas realmente no se causaron al ser un tercero ajeno a la relación contractual sostenida entre Porvenir y la demandante.

2.3. ALEGATOS PRESENTADOS POR COLPENSIONES

Considera que la demandante no acreditó los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, conforme lo normado en el art. 167 del CGP, ni nada que afecte su existencia y validez. Que en estos eventos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del reclamante, reducido a lanzar conjeturas o afirmaciones sin sustento en el interrogatorio de parte, como las de que el ISS se iba acabar, existiendo un temor infundado que no permite soportar el vicio real en el consentimiento, posición que creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, dado que el fondo

no cuenta con elementos para desvirtuar, sólo con el formulario de vinculación suscrito por la parte, lo que colateralmente afecta los intereses de Colpensiones.

Continúa indicando que:

Dentro de las providencias relacionadas con traslado de régimen, la Corte Suprema desconoció el precedente constitucional al valerse de manera generalizada de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil y en consecuencia legos o inexpertos, desconociendo adicionalmente que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional

(...) Con lo señalado hasta ahora, la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la citada providencia C 086 de 2016:

(...) No pueden considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes en cabeza de los mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera. Adicionalmente NO pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitan al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo. La Corte Constitucional ha indicado, en este sentido y en diversas providencias que nadie puede alegar su propia culpa a favor:

(...) que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas:

(...) Hasta el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad.

Imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

Además, como veremos más adelante para que la “voluntad” se vea afectada debe demostrarse la existencia de un vicio o fuerza capaz de anular el acto jurídico. Estos elementos evidentemente solo los puede aportar el demandante.

Es claro que el entendimiento entre el RPM y el RAIS sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados dado que hay aspectos técnicos que los diferencian. Sin embargo, esta regla no puede interpretarse como una situación universal que desplace las situaciones de cada caso particular y que además invierta la carga de la prueba sin mayor análisis que la naturaleza experta que tiene la administradora de pensiones.

Este contexto tampoco puede desconocer escenarios donde la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, la calidad del demandante y otros relacionados con las actividades financieras que ejecuta un usuario durante su vida laboral, le permitía escoger acertadamente el régimen pensional. Este último aspecto ha sido por ejemplo evaluado por la corte Suprema tratándose de afiliaciones tacitas donde prevalecen las actividades, cotizaciones y movimientos financieros a lo largo de la vida laboral.

Así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente

al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de una eventual prestación, lo que igualmente violenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema.

En relación a éste, en desarrollo de los fines esenciales del Estado Colombiano, las instituciones que lo conforman deben propender hacia la salvaguarda de los principios y valores constitucionales conforme a lo dispuesto en la Carta Política, la Ley y los Convenios Internacionales suscritos por aquel.

El Artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, señala...El artículo 334 de la Constitución Política, señala que...en ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado.

En consecuencia, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Debe resaltarse la importancia que en este tema concede la Corte Constitucional a las consecuencias económicas de las diferentes posiciones sobre la sostenibilidad financiera del Sistema.

Así las cosas el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los Colombianos de manera sostenida e indefinida y la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva.

La estabilidad financiera se garantiza en la medida en que el sistema general de pensiones percibe y mantiene, a través de medios jurídicos y financieros, los fondos económicos adecuados que le permitan pagar mes a mes a una mayor cantidad de pensionados y obtener un ahorro para precaver la satisfacción de las pensiones futuras, bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general.

En Sentencia de unificación SU130/13, la Corte se ocupó del tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional a la problemática que surge en torno a quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual y unificó su jurisprudencia...En esta misma línea se pronuncia la Corte Constitucional en sentencia T- 489 de 2010...

Debe resaltarse la importancia que en este tema concede la Corte Constitucional a las consecuencias económicas de las diferentes posiciones sobre la sostenibilidad financiera del Sistema.

(...) Finalmente, al respecto de las costas, al preceptuarse en el Código General del Proceso, en su artículo 365, condena en costas, si bien de una lectura rápida de la disposición, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática, e ineluctable, en todos aquellos procesos en que una de las partes resulte vencida. Lo cierto es que la norma utiliza en el Numeral 8 "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación", por lo que faculta al

operador jurídico a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustrada sus pretensiones procesales. Por lo que si bien el Juez Décimo Laboral del Circuito se abstuvo de imponerlas a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, en esta instancia el Honorable Tribunal ha de considerar que las mismas tampoco se causan, y por tanto acoger el criterio subjetivo de imposición, es decir, cuando efectivamente aparezcan causadas y en la medida de su comprobación”.

De otro lado, solicita se revoque la decisión en lo atinente a la inclusión de semanas por cuenta de la sociedad CI FLORES CARMEL S.A.S. dado que no fue objeto de pretensión, ni dicha compañía fue vinculada, mucho menos se acreditó la existencia de la relación laboral para efectos de reconocer unos aportes, lo que además puede constituir un fraude al sistema, sin que fuese procedente presumir tal vínculo.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Inicialmente se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se examinará qué haberes le corresponde retornar a Porvenir S.A., y si frente a ésta última es procedente ordenar el pago de los perjuicios deprecados.

No obstante, lo anterior conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, no fueron objeto del recurso de alzada, al ser el Estado garante dicha entidad conforme lo normado en el art. 69 del CPT y la SS, disposición en virtud de la cual se faculta a este órgano a adicionar, aclarar y/o modificar la providencia en los ítems que resulten necesarios.

Por ello se analizará todo lo relacionado con la procedencia de la pensión de vejez concedida por el a quo, punto en el que se estudiará la inconformidad del apelante (apoderado demandante) frente a la procedencia de la indexación de la condena, sí y sólo sí no resultase viable la concesión de los perjuicios deprecados.

4. CONSIDERACIONES

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó determinadamente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que *solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado***. (Sentencia con radicado 46.292 de 2014).

Desde un comienzo, la tesis de la ineficacia se ha apoyado en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho; y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

Al desecharse la vía de la nulidad, ya NO es preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad relativa, ni tampoco resultó posible que con la re-asesoría que algunos fondos privados brindaban, se pudiera convalidar ese traslado original.

Por las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al RAIS, resulta claro que ha optado por la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Punto en que la jurisprudencia del trabajo se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar*

un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019). Lo cual en ningún caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

La propia corte, en la sentencia 68.838, multireferenciada, elabora un cuadro que intenta mostrar la evolución normativa en la materia. Así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA LA DEMANDANTE	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Se exige entonces una índole de consentimiento tan específico por parte de un afiliado, que una mínima variación en el proceso de asesoría comporta la declaración de que hubo ausencia total de consentimiento y, por lo mismo, ineficacia por inexistencia del acto jurídico.

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta a la actora afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

Un párrafo de la pluricitada sentencia 68.838 de 2019 es elocuente:

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las AFP se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse, hasta toda clase de afiliados. Este último fallo lo reafirma:

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así las cosas, del recuento realizado, así como del interrogatorio absuelto por la demandante se desprende que para la época de traslado al RAIS, concretamente 21 de marzo de 2000 cuando suscribió el formulario de vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 41 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información** y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía la actora respecto al funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado básicamente motivado por la extinción del ISS, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración.

Y es que expresamente la señora María Amparo Tobón de Cardona en el interrogatorio absuelto adujo que estudió hasta quinto de primaria y actualmente es ama de casa. Respecto del traslado al RAIS recuerda que para entonces trabajaba en Flores Carmel y fue una asesora diciéndoles que el Seguro Social se iba a acabar entonces que tendría mejores opciones en un fondo privado, que se pensionaría a los 57 años con una mejor mesada en el futuro y al ver eso tomó la decisión de pasarse a Horizonte, algunos decidieron no cambiarse. Que no recuerda haber tenido dudas. Que no recuerda haber leído el formulario, pero reconoce haberlo firmado. Que en dicha reunión eran bastantes, no recuerda que le hablaron de algo del régimen de transición, si les dijeron que *se quedarían ganando un poquito más del mínimo* que porque lo que *tenían en el fondo se lo iban a dividir y quedaba mejor sueldo*. Que después se dio cuenta que eso fue un engaño porque al cumplir 57 años fue a Porvenir y le dijeron que le faltaban semanas pero que le podían devolver la plata y no estuvo de acuerdo con eso, siguió trabajando enferma y volvió a los 58, oportunidad donde la asesoró otra persona que le preguntó porque no había llevado antes los papeles dado que ya tenía las semanas, explicó lo antes sucedido y buscó un abogado, y al asesorarse con él pues ya no llevó los papeles toda vez que le dijo que al interponer una demanda podía tener un mejor futuro. Que siempre ha cotizado sobre un mínimo y sabe que eso será su mesada tanto en Colpensiones como en Porvenir, pero quiere retornar para poder recibir la pensión antes.

Que cuando se trasladó nunca más volvió a recibir una visita para asesorarla, ni recibió extractos, ni buscó asesoría, tampoco la visitaron en la empresa de otros fondos. Que antes de cumplir los 47 años no fue re-asesorada. Que nunca se acercó a las oficinas del ISS ni a Colpensiones, sólo cuando interpuso esta demanda.

Destáquese que la deponente NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó, como lo destacó el fallador, la existencia de una explicación completa por parte del asesor.

En todo caso, en gracia de discusión, aunque lo indicado por la demandante pudiese dejar entrever cierta información suministrada al momento suscribir el formulario de vinculación al RAIS, lo cierto es que no se vislumbra una suficiente ilustración, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión en un monto mayor en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si este es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se le habló de modalidades de pensión, la posibilidad de acceder a una garantía de pensión mínima, los requisitos para causar la prestación por vejez en uno y otro régimen, las principales

diferencias de cada uno, lo atinente a la redención del bono pensional y ello sólo por mencionar algunos aspectos que debieron ser abordados en esa reunión inicial. Pero nada de ello se dijo, o por lo menos no se acreditó.

Tampoco existían las herramientas financieras o la tecnología para realizar algún tipo de cálculo, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, pues realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos que la prestación dependía del capital acumulado en toda la vida laboral, especialmente de cara a una persona que no tenía una formación profesional y que a voces de aquella, siempre laboró devengando un salario mínimo.

Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por la accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

Visto, así las cosas, acogiendo los postulados sentados por nuestro órgano de cierre, se **CONFIRMARÁ** la decisión que en este punto es apelada.

Tampoco interesa a la Sala los parámetros advertidos por la Corte Constitucional mediante sentencia SU-062 de 2010, según la cual, al igual que en la SU-130 de 2013, sólo un cúmulo de personas tenía la posibilidad de retornar a prima media en cualquier tiempo al ser beneficiarios del régimen de transición pero en virtud de la densidad. No obstante lo anterior, aunque ello es cierto, nada tiene que ver ese razonamiento con el tema que hoy nos convoca, donde con apoyo a lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, un asegurado busca obtener la consecuencia jurídica que allí se dispone, cuando, como en este caso, no se acredita el cumplimiento del deber de información para el momento en que se trasladó al RAIS, tornándose ineficaz dicho acto.

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS

accionada, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se ACLARARÁ la decisión adoptada por el a quo, toda vez que pese a ordenar a Porvenir devolver todos los aportes realizados, incluyendo las *comisiones cobradas*, no especificó en que consistían las mismas, mucho menos precisando los tres componentes antes aludidos, cuyo retorno se ordenará en esta providencia, y así se dirá en la parte resolutive del fallo. Lo anterior en acatamiento al claro precedente sentado por nuestro órgano de cierre.

Recordemos que la Sala de Casación Laboral, de cara a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido pacífica en que ello trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, razonamiento plasmado, entre otras, en la sentencia de radicación 85325 noviembre de 2020, cuando señaló que:

“(…) genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a COLPENSIONES, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, con los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”

Y nuevamente en las sentencias de radicación 77.804 y 68.087 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) ambas de 2020, rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Tal pensamiento también fue reiterado en la sentencia 78.667 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), cuando adujo que:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional

(...) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

(...) Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Y es que lo procedente es el retorno de la totalidad del dinero recibido por concepto de afiliación, toda vez que no se puede ver afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente al monto total del correspondiente aporte legal.

Empero, esto no quiere decir que los rendimientos causados estén llamados a engrosar las arcas de la administradora del RAIS, pues si bien corresponden a unas utilidades acumuladas por años, generadas por las diferentes inversiones realizadas por los fondos privados en cumplimiento de la eficiente gestión que les impuso la ley, lo cierto es que dichos rendimientos son uno de los ítems que conforman la cuenta de ahorro individual, que como su nombre lo dice, pertenece al afiliado y cuando este se traslada de régimen, los dineros depositados allí necesariamente pasaran al fondo común administrado por prima media.

Tal razonamiento también encuentra soporte en lo normado por el literal d) del art. 60 de la Ley 100 de 1993, según el cual el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora.

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente ADICIONAR el fallo toda vez que tal

dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de Porvenir, teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

Y es que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados, posición que se puede consultar en las providencias SL4811-2020 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga), SL3207-2020 y SL1688-2019 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

Por último resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, Porvenir deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados.

PENSIÓN DE VEJEZ

¹ Concretamente dispusieron que: *Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Respecto a su causación, al entenderse que la señora María Amparo Tobón permaneció afiliada al régimen de prima media sin solución de continuidad, le es dable acceder a dicha prestación de acuerdo a los lineamientos previstos en el Decreto 758 de 1990, veamos porqué:

En primer lugar, no es objeto de discusión que únicamente en virtud de la edad, a la señora TOBÓN DE CARDONA le es aplicable el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que tenía 36 años al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del régimen pensional para el sector privado, lo cual le permite que para el reconocimiento de vejez se tengan en cuenta las condiciones de edad, tiempo y monto del Decreto 758 de 1990, que exige acreditar 55 años de edad, en el caso de las mujeres y 1000 semanas en cualquier época o 500 cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida.

En este punto debe tenerse en cuenta la reforma que realizó el CONGRESO DE LA REPÚBLICA cuando expidió el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Nacional y limitó el régimen de transición establecido por la Ley 100 de 1993, restringiendo su aplicación hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a su entrada en vigencia tuvieran más de 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios, con el fin de proteger su expectativa legítima, a los cuales se les mantendría hasta el año 2014.

Valga aclarar que en el caso puesto a consideración de la Sala, tal modificación constitucional varió las condiciones para efectos de establecer que normativa se aplicaría a la afiliada, toda vez que cumplió 55 años con posterioridad al 31 de julio de 2010, concretamente el 6 de febrero de 2013 dado que nació el mismo día y mes del año 1958, conforme se aprecia en el correspondiente Registro Civil de Nacimiento, aspecto NO controvertido por las demandadas, incluso Colpensiones expresamente lo acepta en la contestación aunado a que tal información guarda coincidencia con las diversas Historias Laborales allegadas por dicha entidad, donde consta que la demandante **cotizó al otrora ISS**, entre el 30 de abril de 1990 y el 31 de marzo del año 2000, un total de **473.14** semanas (véase la carpeta allegada con la contestación), impresa el 13 de febrero de 2017, a las que deben sumársele, para efectos de esta contabilización, los 71 días en que se efectuaron imputaciones de pago equivalentes a **10.14 semanas**, así:

- 11 días de julio de 1999, dado que se reportaron 30 y se tuvieron en cuenta 19.
- 60 días por agosto y septiembre de 1999, dado que nuevamente se reportaron 30 días en cada ciclo pero en la casilla de días cotizados se registró en ceros.

Discute Colpensiones en los alegatos presentados la imposibilidad de totalizarlos, en síntesis arguyendo que no se vinculó a la Litis al empleador ni la parte actora acreditó por algún medio probatorio existencia de la relación laboral.

Al respecto la Sala considera importante aclarar dos cosas:

La primera. Cuando se acredita la existencia de una mora real, dichos ciclos, para todos los efectos, se han de totalizar en la Historia Laboral, toda vez que ésta Magistratura comparte la tesis según la cual, como lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia, quien es el llamado a responder por la prestación es el Fondo de Pensiones, pues la ley lo dotó con facultades legales y mecanismos coactivos para ejercer las acciones de cobro en caso de mora por parte de un empleador. Por tanto, si dicha entidad no hizo uso de los mismos, no puede alegar su propia negligencia para escudarse del reconocimiento de prestaciones alegando la omisión en el pago de aportes, y la consecuencia a dicha negligencia, no puede ser en ningún momento que la afiliada pierda el derecho a su pensión. Véase para el efecto la sentencia hito del 22 de julio de 2008, Radicación 34270, M.P. Eduardo López Villegas.

En segundo lugar. Hay casos, por ejemplo ante un cese intempestivo de cotizaciones con determinado empleador sobre un interregno en el que en ocasiones incluso se alcanzan a cotizar algunos períodos con otro patrono, en los que esta Sala ha exigido a la parte actora acreditar siguiera de manera sumaria, que durante el tiempo que se predica mora, Sí existió un vínculo laboral, dado que es precisamente de tal hecho que se desprende la obligación del empleador de efectuar cotizaciones al sistema, toda vez que bien puede suceder, que el contrato fenezca y el empleador omita reportar la respectiva novedad de retiro, razón por la cual se exige además del reporte de la mora, allegar algún elemento material probatorio, exigencia que pretende evitar que se presenten situaciones a todas luces desproporcionadas, si se tiene en cuenta que en algunos eventos realmente la mora es inexistente y por lo tanto no son períodos sujetos a contabilización en la Historia Laboral.

No obstante lo anterior, para este caso la mora es inexistente, toda vez que pese a que en el año 1999 se avizoran diferentes ciclos en ceros (que varían entre un historial y otro) con el empleador FLORES CARMEL S.A., lo cierto es que se tratan de imputaciones de pago dado que cada uno de dichos períodos fue cancelado al otrora ISS dentro de la mensualidad causada, incluso se aprecian los diferentes referentes de pago.

Lo que hizo el fondo fue aplicar el pago a períodos anteriores siendo esta la anotación que en efectos se registra en la casilla de observaciones, lo que suele suceder cuando se pagan aportes en forma extemporánea sin cancelar los debidos intereses o en efecto se omite el pago de algún ciclo con el empleador, con quien el demandante venía laborando en forma ininterrumpida desde 1994, lo que como ocurre en enero de 1998 pero aun así se anotan 30 días cotizados en ese ciclo pese a que no tiene referente de pago.

Se insiste entonces, que del estudio del historial aludido se evidencia que la entidad efectuó imputaciones de pago, al cargar el aporte de un ciclo a períodos anteriores. Sin embargo, la obligación del fondo era requerir a ese empleador incumplido y de ser necesario ejecutar las acciones de cobro y no castigar al afiliado con tal omisión, acomodando los pagos a los ciclos faltantes.

Por esta razón, se habrán de totalizar los ciclos objeto de imputación, claro está, teniendo en cuenta los días reportados en cada caso por el empleador, encontrando que en el interregno mencionado se aprecian 10 semanas sujetas a contabilización, máxime si dentro del proceso obra respuesta a oficio por parte de la sociedad FLORES CARMEL, que data del 15 de mayo de 2018 (fl. 201 expediente digital), a través del cual certifica que la demandante laboró a su servicio entre el 19 de octubre de 1994 y el 16 de diciembre de 2007, por lo que en gracia de discusión, contrario a lo aludido por Colpensiones en el escrito de alegatos, se habría acreditado sumariamente la existencia del vínculo laboral para ese año 1999, por lo que NO se trataría de una situación irregular para efectos de defraudar el sistema pensional.

Y tal análisis era indispensable hacerlo dado que esas **10 semanas que fueron pagadas pero imputadas**, le permiten a la demandante superar el margen de cotización estipulado por el Acto Legislativo 01 de 2005, ya que a las **473,14 que Colpensiones** registra como válidamente cotizadas (es decir, sin tener en cuenta las imputaciones efectuadas) deben sumarle las aportadas a **Porvenir S.A.** desde el 1° de abril del año 2000 (primer ciclo en el RAIS), hasta el 25 de julio de 2005 (fls. 150 y ss del expediente digital), lapso en el que se contabilizan **273.53** semanas, lo que generan un total de **756.67**, superior a las 750 exigidas.

Bajo tal panorama le es dable acceder a la pensión de vejez, toda vez que la demandante cumplió el requisito de edad y semanas para causar el derecho, dado que en toda la vida laboral cotizó 1.280 semanas, correspondiente a la sumatoria de las 473 al ISS y las 807 al RAIS (fl. 53) entre abril de 2000 y el 1 de julio de 2016 (fl. 158), por lo que para febrero de 2013 cuando

cumplió 55 años, contaba con más de 1000 semanas cotizadas, concretamente 1.109 **causando la prestación el día en que arribó a la edad.**

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS y retroactivo pensional

He aquí el tema en el que se cimenta el descontento la apoderado de la parte actora en el recurso de alzada, dado que a su juicio, debe concederse el retroactivo pensional que estima causado desde el día 6 de febrero de 2013 cuando la accionante cumplió 57 años, día a partir del cual, según su tesis, debió haber percibido la prestación en caso de no haber sufrido el engaño, y hasta la fecha de retiro del sistema, aspecto que precisamente tuvo en cuenta el a quo al declarar el derecho pero someter el disfrute al día en que se acreditase dicha novedad.

En virtud del engaño que predica solicita se resarza el perjuicio y se condene a Porvenir a pagar el retroactivo a título de indemnización, especificando que en ello consiste el daño, aplicándose además la teoría de la inducción en error.

Recordemos que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, aplicable por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, el disfrute se da cuando una vez causada la prestación se solicita a la entidad administradora de pensiones el reconocimiento de la misma y se ha dado el retiro expreso o desafiliación tácita del sistema general de pensiones, pues para la liquidación de la pensión se debe tener en cuenta hasta la última semana cotizada pues mal se podría reconocer un retroactivo sobre unas semanas que efectivamente sirvieron de base para el cálculo de la prestación.

Bajo éste panorama, inicialmente tendríamos que la última cotización al sistema sería la determinante para establecer la fecha de disfrute. Para ello, nos remitimos a la información de la última de las Historias Laborales expedidas por Porvenir, siendo tal la que obra a folio 158 del expediente digital, en la cual se aprecian aportes hasta el 1 de julio de 2016, siendo expedida el 3 de abril de 2017, sin que se tenga noticia de lo que ha sucedido en estos últimos 5 años, salvo lo expresado por la demandante en el interrogatorio de parte según la cual dejó de trabajar desde sus 58 años (2016) y actualmente es ama de casa, por lo que, en principio, el disfrute lo sería a partir del 2 de julio de 2016.

Ahora, aunque las apreciaciones del recurrente se encaminan a lograr el reconocimiento de la pensión de vejez desde la causación, encuentra la Sala que realmente las cotizaciones efectuadas con posterioridad NO son producto de la inducción en error, bien podía dejar de

realizar aportes al régimen pensional y consecuentemente es inexistente el daño. Veamos porqué:

Conocedora es la Sala, de la tesis según la cual nuestro órgano de cierre ha reconocido el derecho a disfrutar de la pensión desde el momento en que se causa la misma pese a que con posterioridad el afiliado haya continuado realizando aportes al régimen pensional, pero únicamente cuando se demuestra que dichas cotizaciones lo fueron por la errada información suministrada por parte de la entidad administradora. Entre dichos pronunciamientos encontramos las sentencias 37.798, 39.206 y 63.823 de 2018, además de las de radicación 34.514, 39.391 y 42.289.

En el último de los antecedentes jurisprudenciales citados, nuestro órgano de cierre señaló que.

“la ley de seguridad social establece como necesaria la desafiliación del sistema para que proceda el pago de la pensión de vejez, y así mismo recordó que se debe estudiar las particularidades de cada caso, pues su aplicación ha de ajustarse a las especiales circunstancias que emergen de la situación pensional del afiliado, además que no es posible hacer responsable al asegurado de los errores de la administradora de pensiones, quien como en esta oportunidad acontece debió reconocer el derecho en su oportunidad, por estar ya satisfechos la totalidad de los requisitos exigidos por los reglamentos del ISS.

En éste caso, lo expuesto en dichas providencias solo estaría llamado a materializarse a partir de la fecha de notificación de la Resolución y/ comunicación a través de la cual se negase la prestación a la actora aduciendo que su densidad era insuficiente para acceder a una pensión de vejez, pues con antelación a ese día la accionante habría realizado válidamente aportes al régimen pensional sin haber sido notificado de ninguna negativa.

Sin embargo, aunque el 15 de diciembre de 2016 la afiliada solicitó a Colpensiones el retorno en virtud de la ineficacia de su afiliación al RAIS y posteriormente el pago de la pensión de vejez, lo cierto es que la entidad NO tenía la competencia para ello, salvo que su retorno al régimen de prima media lo fuera por tener 750 semanas al 1 de abril de 1994, pero sólo contaba con 190, de ahí que dicha administradora no contara con opción diferente a no acceder a lo pretendido, ni siquiera era su afiliada, consecuentemente no le era dable examinar la procedencia de dicha pensión, mucho menos le indicó a la asegurada que su densidad fuese insuficiente o que debía continuar cotizando.

Quiere ello decir que, contrario a lo afirmado por la parte actora, ni Porvenir, mucho menos Colpensiones la forzaron a continuar cotizando al sistema pensional, aspecto que es el que

precisamente ha examinado la Corte en la teoría conocida como inducción en error, al castigar al fondo, por denominarlo de alguna manera, obligándolo a reconocer un retroactivo, cuando causado un derecho, constriñe a la parte a continuar cotizando, constreñimiento para el caso inexistente, pues, se insiste, no fue ello lo que aconteció, toda vez que la negativa de la entidad era fundada y bien pudo la actora cesar los aportes al régimen pensional si lo que quería era disfrutar de la prestación, pero ello no aconteció NO sólo por desconocimiento de tal condicionamiento en prima media, sino porque además ello NO era un asunto a examinar en el régimen al que pertenecía, donde lo que se analiza es el monto del capital.

Aunado a ello, la actora NO tenía un temor fundado de perder la pensión, sino que por el contrario, tenía una densidad más que suficiente para causar la garantía de pensión mínima en el RAIS.

Pero incluso, aun partiendo de la ficción que para aquella época estuviera en Colpensiones, bien podía continuar laborando y reportar las novedades correspondientes al sistema, dado que la PILA permite que la persona, precisamente para no afectar el retroactivo, cese las cotizaciones al régimen pensional aunque perviva el vínculo, pagándose únicamente los aportes para cubrir otras contingencias, como salud y riesgos laborales.

En tal sentido, NO es palmario para esta Magistratura el hecho de que la pérdida del retroactivo deprecado se deba a acciones de terceros.

De ahí que no tenga operatividad, para el caso que nos ocupa, la tesis invocada para acceder a la prestación desde el cumplimiento de la edad y en consecuencia, el disfrute lo sea desde el día siguiente al último aporte efectuado al régimen pensional,

Tal análisis resulta determinante para abordar la indemnización de perjuicios pretendida.

Al respecto habrá de señalarse que, en parte alguna, se acreditó que la administradora del RAIS hubiese brindado una errada información a la accionante al momento de afiliarse, siendo carga de quien aduce la existencia de un perjuicio, demostrar no sólo su existencia, sino que el mismo está ligado a tal actuar, es decir, ese nexo de causalidad, pues aunque podría asimilarse el daño a la ausencia del retroactivo, ello no releva al actor de la actividad probatoria que en tal sentido debió desplegar.

Y es que la ineficacia aquí declarada, no deviene de tal hecho, es decir, del actuar negligente de la entidad, ni de que se hubiese configurado un error de hecho en la naturaleza del acto o en la

identidad de la cosa como vicio en el consentimiento, sino por el contrario, tal ineficacia nace de la omisión de la AFP en cuanto a no cumplir la carga de la prueba que el precedente judicial a radicado en cabeza suya, de que el fondo no demostrara la calidad de la asesoría que en su momento brindó.

Así las cosas, si se desconoce los pormenores de la misma, no puede tildarse de indebida o irregular, por lo que el eventual perjuicio que se alega, no se desprende indefectiblemente de tal asesoría en la que la demandante decidió trasladarse de régimen, mucho menos puede aseverarse que en tal oportunidad Porvenir fue enfática en decir que la pensión sólo se causaba a los 57 años; dicha apreciación comporta una afirmación lanzada por la demandante en el interrogatorio absuelto, el cual tiene como finalidad provocar una confesión, no acreditar un hecho; debió desplegar una actividad probatoria amplia que permitiese a la Sala encontrar acreditado el nexo de causalidad entre una conducta y el daño que se alega.

Incluso sus dichos ni siquiera resultan coincidentes con lo advertido en el líbello genitor, véase numeral noveno del acápite de los hechos, según el cual en dicha asesoría le indicaron que podía *pensionarse a cualquier edad*. Y en todo caso, al margen de tal contradicción, nunca se acreditó que para el momento en que arribó a los 57 años Porvenir le hubiese negado la prestación induciéndola a cotizar hasta los 58 años.

Aunado a ello, tal y como se expresó, la *negativa* de la prestación no fue la que aparejó la improcedencia del retroactivo, dado que, se insiste, la actora se encontraba facultada para cesar aportes tras el cumplimiento de la edad, y si no lo hizo no puede acarrearle a Porvenir los efectos de tal determinación.

Realmente se avizora es un desconocimiento del impacto de unos aportes con posterioridad al cumplimiento de los 55 años, y esa ignorancia se cimenta en la supuesta ausencia de una asesoría correcta, completa, clara y veraz por parte de la administradora del RAIS al momento del traslado. Sin embargo, ese deber de buen consejo al que alude la jurisprudencia se enmarca en la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. De esta manera, aun partiendo de que nada de ello se hubiese indicado en esa asesoría inicial, no implicaría inexorablemente la acreditación de un daño en cuanto a la pérdida del retroactivo, pues NO se espera que en dicha asesoría se haga un estudio exhaustivo, pormenorizado, detallado o puntual de cada régimen, se hablan de generalidades, ello teniendo en cuenta que es un tema complejo y amplio. En otras palabras, la

ineficacia NO deviene del hecho de que PORVENIR no hubiese explicado a la demandante que la causación y disfrute son dos momentos disímiles en la pensión de vejez que se otorga en el régimen de prima media.

De avalar tal tesis, le bastaría a cualquier persona con decir que no sabía que para disfrutar de la pensión debía cesar los aportes al régimen pensional, endilgar la culpa de su ignorancia a la administradora, y acceder automáticamente a su pago, lo que obviamente escapa a la real intelección del art. 13 del Decreto 758 de 1990, al margen que el desconocimiento de la ley no es excusa para incumplirla.

Por las razones expuestas, no encontrara eco en esta instancia tal pretensión, manteniéndose en este aspecto la decisión del a quo, quien acertadamente no encontró acreditado la existencia de un daño.

De otro lado, en cuanto a los **INTERESES MORATORIOS** tenemos que al tenor de lo dispuesto en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, los mismos se causan por la simple mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales.

Inicialmente para su concesión se acudió a un criterio objetivo, al examinar si la pensión se otorgó o no dentro del término estipulado por la ley, sin atender a criterios de buena o mala fe de la entidad, en cuanto se trataba simplemente del resarcimiento económico. Sin embargo, tal posición se fue morigerando a partir de la sentencia con radicado 44.454 de 2013, dada una nueva integración de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al considerar que dichos intereses no eran procedentes en aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo dentro de los plazos estipulados, se encuentren justificadas, bien sea porque tenga respaldo normativo o porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en un momento dado le haya dado la jurisprudencia en su función de interpretar las normas.

Bajo este contexto, usualmente le correspondería a la Sala examinar el contenido de alguna resolución para efectos de examinar si la negativa de Colpensiones es caprichosa o por el contrario cuenta con respaldo legal. Empero ningún acto administrativo expidió tal administradora precisamente por tornase improcedente su concesión respecto de quien para entonces ni siquiera ostentaba la calidad de afiliada al régimen de prima media, ni le era dable retornar administrativamente al no satisfacer las 750 semanas cotizadas a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

Y en todo caso, al no existir una negativa, no puede hablarse de mora en el pago de mesadas pensionales, de ahí que sólo con la emisión de la sentencia surgió la obligación en cabeza de Colpensiones frente al reconocimiento de la pensión de vejez.

Ahora, si tales intereses se pretendían respecto de Porvenir S.A. a título de indemnización, bastaría con decir que contrario a lo esgrimido por el recurrente, ello NO comportó una súplica impetrada en el líbello genitor, sin que el recurso de alzada comporte una oportunidad para introducir modificaciones a la demanda. Consúltese la *pretensión sexta condenatoria*, enunciada en el correspondiente acápite.

No obstante lo anterior, es procedente el reconocimiento de la **INDEXACIÓN** de las sumas que se adeudan a la actora en cumplimiento de esta sentencia, atendiendo que efectivamente este dinero no ha entrado al patrimonio de la demandante y por efectos de inflación, cuando lo haga, el mismos se habrá visto envilecido por el paso del tiempo. Por ello, Colpensiones deberá indexar el retroactivo de la pensión de vejez, tomando el valor del IPC certificado por el DANE, el índice inicial será el aludido IPC vigente a la fecha de causación de cada mesada, y como índice final el IPC vigente al momento del pago. Aplicando la siguiente fórmula: *Indexación = índice final/ índice inicial x capital – capital*.

Igualmente se autorizará a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional que pudiera causarse al materializarse el fallo, el porcentaje destinado a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que conforme al artículo 2 de la Ley 100 de 1993, la solidaridad es un principio general del sistema de seguridad social, entendido este como la práctica de ayuda mutua entre las personas, generaciones y sectores, que no está condicionado a la prestación de un servicio sino a la contribución económica para el fortalecimiento del sistema.

Véase para el efecto lo que sobre el particular razonó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación 54480 y 46234.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA parcialmente** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema, **aclarándola, adicionándola y revocándola** en los aspectos antes aludidos.

Se condenará en costas en esta instancia a Porvenir S.A. y Colpensiones por no haber tenido éxito en el recurso y se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de

cada uno y a favor de la demandante, absolviendo de esta condena a la actora por haber tenido éxito parcial en su recurso de alzada.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

DECIDE

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 25 de junio de 2020 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **MARIA AMPARO TOBON DE CARDONA** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 42.822.146 contra **PORVENIR S.A y COLPENSIONES**.

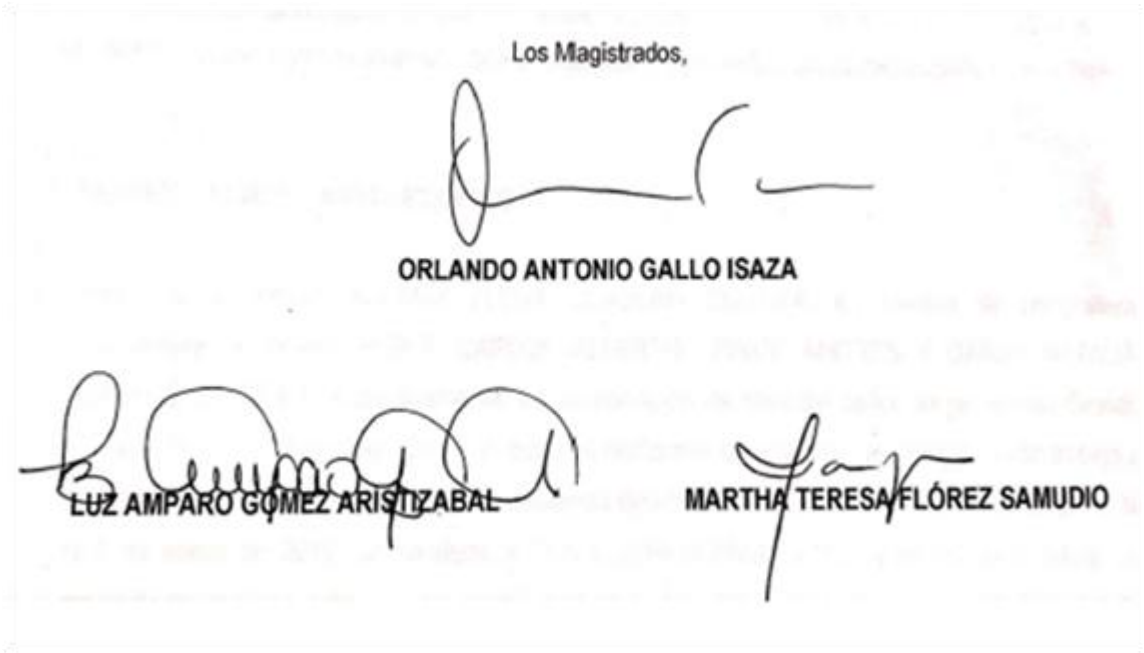
SEGUNDO: se **ACLARA** el numeral segundo del fallo, bajo el entendido que PORVENIR S.A trasladará a COLPENSIONES **todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante desde el cambio de régimen**, incluyendo los tres ítems que componen los cuotas de administración de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, es decir, costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, últimos conceptos que serán INDEXADOS al momento del pago, oportunidad en la que además deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, últimos aspectos en los que se ADICIONA la sentencia, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia, manteniéndose el plazo concedido por el a quo.

TERCERO: se **REVOCA** la absolución en torno a la indexación del retroactivo que llegare a causarse y en su lugar se ordena su reconocimiento y pago a cargo de Colpensiones, de acuerdo a lo indicado en la parte motiva del fallo, monto respecto del cual se autoriza a la entidad efectuar los correspondientes descuentos en salud.

CUARTO: costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada entidad y a favor de la demandante.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

(Firmas escaneadas)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN
Demandante:	MARIA AMPARO TOBON DE CARDONA
Demandado:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-010-2017-00061-01.
Tema:	ineficacia, pensión vejez y perjuicios
Decisión:	MODIFICA
Fecha de la sentencia:	16/06/2022

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 17/06/2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario