



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-013-2020-00012-01
Demandante: Silvia Caicedo Portocarrero
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.
Asunto: Apelación y Consulta
Procedencia: Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación al RAIS, Indemnización perjuicios

Medellín, julio veintiocho (28) de dos mil veintidós (2022)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la actora y el apoderado de Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, el 24 de mayo del año 2022, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora SILVIA

CAICEDO PORTOCARRERO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Radicado 05001-31-05-013-2020-00012-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora SILVIA CAICEDO PORTOCARRERO, convocó a juicio a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., pretendiendo se declare la nulidad de la afiliación al sistema de Ahorro Individual; se declare que ha permanecido afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media y que tiene derecho a la pensión de vejez conforme lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con la normatividad propia del Decreto 758 de 1990. Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a Porvenir S.A., al pago de la indemnización de perjuicios, y se le ordene a dicha entidad trasladar a Colpensiones el total de los aportes junto con los rendimientos financieros; se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En sustento de dichas súplicas se expuso que la señora Silvia Caicedo Portocarrero nació el 27 de febrero de 1958, que es beneficiaria del régimen de transición pensional, que efectuó traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., el 23 de febrero de 1995, oportunidad en la cual fue abordada por un asesor comercial quien sin brindarle explicación de su situación pensional, le realizó la afiliación a dicho fondo, sin que le fueran expuestas las desventajas y sin haber sido informada, por lo que se aduce que el engaño proveniente de Porvenir S.A., sumió a la

actora en un estado de constante preocupación y desazón, lo cual se traduce en un perjuicio moral.

Se narró que la accionante se dirigió a Porvenir S.A., el 16 de abril de 2015 con el fin de solicitar la pensión de vejez y luego de varias peticiones le fue negada la prestación mediante comunicación del 9 de septiembre de 2016, bajo el argumento de no contar con el capital mínimo necesario, resaltando que a la actora se le han ocasionado perjuicios patrimoniales, los cuales deben ser indemnizables.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante y el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no siendo cierto que la actora sea beneficiaria del régimen de transición pensional y señaló no constarle los demás hechos de la demanda, pues se trata de afirmaciones que realiza la parte para avalar sus pretensiones, las cuales deberá probar.

En oposición al éxito de las pretensiones propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; petición antes de tiempo; prescripción; imposibilidad de condena en costas; buena fe y la excepción innominada.

PORVENIR S.A., al replicar la demanda, indicó que no son ciertos los hechos en la forma redactada, teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante a Porvenir S.A., se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre las implicaciones de su decisión, las condiciones de operación y funcionamiento del régimen, según las normas vigentes, garantizándose, adicionalmente, el derecho de retracto, señala igualmente, que se atiene al tenor literal e íntegro

de la respuesta otorgada a la petición de la actora, en la cual se expuso de manera clara las razones por las cuales se niega el reconocimiento de la pensión de vejez.

En su defensa formuló las excepciones de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la excepción genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El Juzgado de Conocimiento que lo fue el Trece Laboral del Circuito de Medellín, puso fin a la primera instancia mediante fallo proferido el 24 de mayo del año 2022, declarando la ineficacia de la afiliación de la señora Silvia Caicedo Portocarrero al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., condenando a dicha entidad a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración, los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados; ordenando a Colpensiones activar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la accionante dentro de los cuatro meses siguientes al recibo del dinero proveniente de Porvenir S.A., la pensión de vejez conforme al artículo 12 del Decreto 758 de 1990, a partir del retiro del sistema de pensiones o de su última cotización, con el IBL del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con la tasa de reemplazo del párrafo 2 del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, autorizó a Colpensiones a efectuar los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud y a la indexación de las condenas; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y condenó en costas a Porvenir S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Demandante

Solicita se revoque parcialmente la sentencia y se condene a cargo de Porvenir S.A., el pago de la pensión de vejez desde el 1° de octubre de 2016, fecha inmediatamente posterior a la última cotización antes de ser negada la pensión de vejez, en el entendido del principio general del derecho que quien comete un daño está obligado a repararlo, por consiguiente, si un afiliado considera que una administradora incumplió con el deber de información, lo que generó algún perjuicio en cuanto a la cuantía de la pensión o fecha de disfrute, deberá el juez en aplicación de principios como el de la reparación integral que fue traído de la sentencia SL373 de 2021, valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y valorar las medidas compensatoria que juzgue convenientes según la situación particular del afectado, para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

Expuso que considera que la indemnización de perjuicios debe ser analizada de forma subsidiaria a razón que existe dentro del ordenamiento jurídico la posibilidad de resarcimiento del daño causado a través de un estricto cumplimiento de las obligaciones que en materia de seguridad social que se encuentran en cabeza del fondo de pensiones, en este caso, la integración del derecho a la pensión, resultando equivalente los perjuicios al valor de la pensión que hubiese sido otorgada en el Régimen de Prima Media, desde la fecha en que se solicitó la pensión, agregando que si bien la administradora del RPM, no cumple estrictamente los términos si debió tener actualizada la historia laboral, por lo que no es una excusa que no se hubieran podido redimir los fondos de los bonos pensionales, porque por el contrario esa labor debió ser ejecutada por la entidad con anterioridad a la solicitud de pensión.

Sostuvo que en materia de obligaciones contractuales, en todo contrato está envuelta la condición resolutoria tácita, según la cual en los contratos bilaterales, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, el

otro contratante podrá solicitar la resolución o cumplimiento del mismo con su indemnización de perjuicios y en este caso la demandante pretende el incumplimiento del objeto contractual, busca la reintegración del daño, esto es el reconocimiento de la prestación en los términos en que hubiera sido reconocida en el Régimen de Prima Media no solo en cuanto a la normativa aplicable como bien lo realiza la juez, sino a demás en las mismas condiciones de fecha de disfrute de la pensión, estándose en presencia del menoscabo a un derecho de la seguridad social.

Precisó que no hay necesidad de demostrar los elementos de la responsabilidad civil en materia de reparación de perjuicios, por la omisión al deber de información, que es la situación que se ha ventilado, para proteger los derechos fundamentales como el de la seguridad social, resaltando que el artículo 2604 del Código Civil habla de la responsabilidad del deudor y el deudor es quien tiene una obligación legal inmersa en cualquier tipo de contrato y es responsable de la culpa leve y en este caso se omitió suministro de información lo cual generó un daño, la demandante solicitó la pensión en 2015, se le retarda el reconocimiento y se ve en la obligación de contratar los servicios de un abogado, además de continuar laborando, por lo que es claro el daño y el nexo causal, toda vez que se trata de una omisión por parte del obligado.

Porvenir S.A.

El apoderado de la entidad interpuso recurso de apelación, señalando que no se valoró el consentimiento informado para la afiliación materializado en el formulario de afiliación, el cual no fue tachado por la demandante, documento que da cuenta de la escogencia libre, voluntaria, espontánea e informada, conforme las exigencias de la Ley 100 de 1993, además se garantizó el derecho de retracto, lo cual se probó con la publicación realizada en el diario el tiempo,

sin que la actora ejerciera dicha facultad, sin que no se pueda desconocer el principio de voluntad de las partes.

De no proceder lo anterior, apela la orden de devolución de los gastos de administración, aduce que conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el Régimen de Prima Media también se genera este descuento, dichos gastos no forman parte de la pensión de vejez y por ende están sujetos al fenómeno de la prescripción, además, expone que ello genera un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones y el artículo 13 de la Ley 100 señala cuales son los conceptos que deben ser trasladados cuando se da el cambio de régimen pensional.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunció el apoderado de la parte actora y la apoderada de Colpensiones. El vocero judicial de la demandante expone que se encuentra acreditado la pérdida del retroactivo pensional por parte de la actora, ello consecuencia del engaño que llevó a su traslado al Régimen de Ahorro Individual, sin la necesaria información que dicha situación demandaba, razón por la cual reitera los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de alzada a fin de que se revoque parcialmente la sentencia o en su defecto, se entienda que con la solicitud presentada para el reconocimiento de la pensión de vejez radicada ante Colpensiones, se presenta un retiro tácito o implícito.

A su vez la procuradora judicial de la entidad pública accionada reiteró que Colpensiones no tuvo injerencia alguna en el acto jurídico de afiliación que se llevó a cabo entre la demandante y el fondo privado, por lo tanto, los efectos jurídicos que surjan de ese acto no pueden perseguir, ni mucho menos afectar a la entidad, solicitando con fundamentos en los artículos 48 y 335 de la

Constitución Política, no se impongan cargas a Colpensiones, pues las mismas tienen un impacto lesivo para la sostenibilidad financiera del sistema, más si se tiene en cuenta que Colpensiones es la única administradora del Régimen de Prima Media, solicitando igualmente, se confirme la absolución de la condena en costas.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

De igual forma procede la consulta, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone “*También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante*”.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA

Quedaron acreditados en el trámite del proceso y no son objeto de controversia los siguientes hechos:

- Que la señora Silvia Caicedo Portocarrero nació el 27 de febrero de 1958, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 20 del anexo 01 del expediente digital.
- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A. el 23 de febrero de 1995, con fecha de efectividad el 1º de marzo de la misma anualidad, de conformidad con el formulario de afiliación visible a folio 41 del anexo 01 del expediente digital.
- Que la accionante acredita un total de 1432 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. el 6 de febrero del 2020, aportada a folios 121 a 13 del anexo 07 del expediente digital.
- Que la pretensora solicitó a Porvenir S.A., el reconocimiento de la pensión de vejez el 16 de abril de 2015, petición que fue rechazada mediante comunicación del 9 de septiembre de 2016, tal y como se desprende de los documentos glosados a folios 21 a 29 y 132 respectivamente, del anexo 01 del expediente digital.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto de consulta y apelación, proferida en el presente proceso por la señora Juez Trece Laboral del Circuito de Medellín, determinando para tal fin, si es ineficaz la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Porvenir S.A., efectuado por la demandante?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, debe ordenarse a Porvenir S.A., el traslado de las cuotas de administración, los aportes al fondo de Garantía Mínima y los seguros previsionales y en caso afirmativo, si estos conceptos se ven afectados por el fenómeno prescriptivo?

¿Si es procedente revocar la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió a Porvenir S.A., del reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios, para en su lugar, hay lugar a ordenar a la AFP, a título de indemnización el reconocimiento y pago del retroactivo pensional a partir del 1º de octubre del año 2016?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, i) es ineficaz el acto de afiliación por incumplimiento del deber de información, ii) debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, sin que opere la prescripción respecto de los conceptos a trasladar, iii) no procede el reconocimiento de los perjuicios solicitados toda vez que no se acreditaron, en consecuencia, la sentencia debe ser CONFIRMADA.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la Ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el régimen público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por

los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado. (artículo 12)

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece como característica del sistema general de Pensiones, la libertad de selección de régimen en los siguientes términos *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 de la presente ley”*.

A su vez, el artículo 271 ibidem establece que: *“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”* (subraya de la Sala)

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, decreto 663 de 1993, el artículo 4 del decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el decreto 2071 de 2015 y la circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular del afiliado, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia del traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las

AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del 03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020 y más recientemente en las sentencias SL SL1442 del 21 de abril de 2021 y SL3349 del 07 de julio de 2021.

De acuerdo con la ratio decidendi de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debe aplicarse las dos sub reglas principales establecidas por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto, se establece que la señora SILVIA CAICEDO PORTOCARRERO, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP

Porvenir S.A. el 23 de febrero de 1995, con fecha de efectividad el 1° de marzo de la misma anualidad, de conformidad con el formulario de afiliación obrante a folios 41 del anexo 01 del expediente digital, no obstante, dicho formulario de afiliación contrario a lo sostenido por el apoderado de Porvenir S.A, no da cuenta de la información que fue brindada a la accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se supe con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); por ello no puede inferirse la voluntariedad de la afiliación en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma indicó que en febrero de 1995 estaba trabajando en el Hospital Luis Adriano Pérez de Cauca, y que en bloque los pasaron a Porvenir S.A., que no fue su deseo trasladarse, adujo que una asesora de Porvenir S.A., les dijo que lo mejor que había era dicha entidad, que era mejor que el Seguro Social, afirmó que no le explicaron los requisitos para pensionarse, no le indicaron que debía tener un capital para la pensión, no le explicaron el régimen de transición, ni las ventajas y desventajas que implicaba la afiliación, no le hablaron de rendimientos, bono pensional, ni modalidades de pensiones y tampoco de aportes obligatorios

De lo anterior se advierte que, la demandante se trasladó sin haber recibido la información adecuada, sin conocer las características, el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las consecuencias del traslado, ni las desventajas de dicho régimen pensional, específicamente, la pérdida del régimen de transición pensional, resaltando esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que Porvenir S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la

decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones de su afiliación, razón por la cual no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Sobre los efectos de la ineficacia

La ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización de la demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para garantizar el financiamiento de la futura pensión de la actora.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de la administradora accionada, teniendo en cuenta, que fue Porvenir S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo ésta, la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación de la actora, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos generados, mientras estuvo activa la afiliación, que integran la cuenta de ahorro individual, son de propiedad de la demandante y no de los Fondos, aunado a ello, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

Los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

Ahora, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación de la pretensora, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de la AFP demandada y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL2877 del 29 de julio de 2020 y SL 3034 de 2021, última en la cual sobre el punto se indicó:

‘Resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para denegar prosperidad a la alzada y al surtir el grado jurisdiccional de consulta, se advierte que el restablecimiento pleno o completo, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos de la sentencia CSJ SL2877-2020, requiere especificar y detallar algunas de las condenas impartidas por el a quo, razón por la cual se procederá a CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2018, precisando y adicionando el ordinal segundo en el sentido de que Old Mutual SA, además, deberá trasladar a Colpensiones, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros

previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

Adicional a lo expuesto y atendiendo, a que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adoctrinado que la indexación de las cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP es un efecto propio de la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones, se encuentra acertada la decisión de la a quo, imponiéndose en esta instancia la confirmación del fallo.

Prescripción

Desestima la Sala el argumento relativo a la prescripción respecto de los gastos de administración que debe trasladar la AFP demandada a Colpensiones, en primer lugar, por cuanto los mismos son un componente de la cotización, la cual tiene como fin el financiamiento del riesgo de vejez, sin que tales descuentos puedan escindirse, por lo tanto participan del carácter de imprescriptibles, en segundo lugar, la devolución solo se hace exigible a partir de la declaratoria de ineficacia de la afiliación contenida en la sentencia, razón por la cual no se configura el término prescriptivo. Sobre la imprescriptibilidad en esta materia, se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SL 2877 (78667) del 29 de julio del 2020, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Pensión de vejez

Cumplimiento de los requisitos para pensionarse conforme al Decreto 758 de 1990

Ahora bien, en cuanto a este problema jurídico, debe indicar la Sala, que la demandante es beneficiaria del régimen de transición pensional, toda vez que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de treinta y cinco (35) años de edad, concretamente 36 años, pues nació el 27 de febrero de 1958, en consecuencia, en principio, habrían de aplicársele los requisitos para acceder a la pensión, establecidos en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, en el cual se encontraba afiliada.

Conforme al régimen aplicable a la demandante, esto es, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la misma debe acreditar, la edad mínima pensional de cincuenta y cinco (55) años, 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o mil semanas (1000) en cualquier momento.

Para el caso en estudio, la señora Silvia Caicedo Protocarrero, cumplió la edad mínima pensional el 27 de febrero de 2013 contando la actora con 1432 semanas en toda su vida laboral, tal y como se desprende de la historia laboral obrante a folios 121 a 133 del anexo 07 del expediente digital, de las cuales 1290,48 fueron cotizadas para la fecha en que arribó a los 55 años de edad y para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, contaba con 1058,83 semanas, concluyendo que la accionante causó el derecho a la pensión de vejez desde el 27 de febrero del año 2013.

Ahora, en cuanto al disfrute de la pensión, esta Sala de Decisión comparte los argumentos esbozados por la a quo, a partir del cual, es necesario que la demandante acredite el retiro del sistema, siendo claro que para la fecha de celebración de la audiencia de trámite y juzgamiento la pretensora aún se encontraba laborando y realizando aportes al sistema pensional, tal y como lo reconoció al momento de rendir el interrogatorio de parte y en tal sentido no es posible ordenar el reconocimiento del retroactivo pensional, sin que sea factible atender los argumentos bosquejados por el apoderado de la actora en

sus alegatos de conclusión, a fin de que se de aplicación a la figura de la inducción a error y se reconozca el retroactivo desde la fecha en la cual se presentó la solicitud de reconocimiento pensional a Colpensiones, pues en modo alguno podría dicha entidad, conceder la prestación y mucho menos, en aplicación del régimen de transición pensional, pues resultaba necesario el que se declarara la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para validar la afiliación sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Se sigue de lo anterior, confirmar la decisión de primera instancia, debiendo Colpensiones liquidar la prestación en los términos determinados por la falladora de primer grado, encontrándose igualmente acertada la condena a la indexación y la autorización a Colpensiones para que realice los respectivos descuentos en salud.

De los perjuicios

Súplica la parte actora, se revoque la decisión de primera instancia, respecto de la no condena a la indemnización de perjuicios, la cual estima acreditada, refiriendo que es claro que por el traslado de régimen la demandante no se ha podido pensionar pese haber causado el derecho, lo que a su vez le impide el reconocimiento del retroactivo pensional.

Al respecto, a juicio de esta Colegiatura, las simples manifestaciones realizadas por el apoderado de la actora, no tienen la entidad suficiente para acreditar la afectación que se predica, siendo claro, que la inversión de la carga de la prueba en favor de la afiliada frente al incumplimiento del deber de información, no puede trasladarse automáticamente a las demás responsabilidades probatorias de la demandante en relación con la indemnización de perjuicios pretendida como acertadamente lo refirió la a quo, señalándose que el argumento de que la actora no ha podido disfrutar de la pensión de vejez, pese a haberla causado, corresponde únicamente a una

hipótesis, pues de haber continuado la actora afiliada al Régimen de Prima Media, también hubiera podido continuar efectuando aportes, luego de reunidos los requisitos mínimos para acceder a la pensión, al continuar vigente el vínculo laboral, conforme al artículo 17 de la Ley 100 de 1993.

Aunado a ello, ni siquiera expuso la actora cual es el perjuicio que se le causó y contrario a ello indicó que no ha tenido ningún problema físico o psicológico causado por su situación pensional. Tampoco se acreditó que fuera a partir de la negativa de la pensión de vejez por parte de Porvenir S.A., que la demandante tuvo que continuar realizando aportes, pues de la historia laboral se aprecia que para los años 2015 y 2016, ya venía efectuando aportes de forma interrumpida y en agosto de 2016 interrumpió las mismas hasta mayo de 2019, fecha en la cual reporta ingreso como trabajadora dependiente, sin que se demuestre un perjuicio económico concreto, teniendo en cuenta que, en tal calidad, ha venido percibiendo una asignación salarial.

Sumando a ello, al momento en que la gestora del proceso realizó el traslado de sistema pensional, conforme lo expresado por la misma en el interrogatorio de parte, no se le aseguró que fuera a tener una mesada pensional superior y en tal sentido, no puede indicarse que, en ese aspecto específico, se hubiera presentado un engaño o incumplimiento al contrato de afiliación como lo plantea el apoderado recurrente.

Adicionalmente, la responsabilidad que le asistiría eventualmente a la Administradora Pensional, es una responsabilidad de carácter contractual, artículo 1616 del Código Civil, derivada del incumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato de afiliación y por ende, al no acreditarse el dolo, Porvenir S.A solo podría responder por los daños que eran previsibles al momento de la suscripción del contrato, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C1008 de 2010, al referirse a esta clase de responsabilidad:

“Como lo ha señalado de manera consistente y reiterada la jurisprudencia de esta corporación, corresponde al Congreso de la República, en desarrollo de su libertad de configuración política, regular el régimen de la responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los medios para cuantificarlo. La norma acusada no despoja al contratante cumplido de la tutela resarcitoria en la medida que de acuerdo con ella, todo deudor incumplido, doloso o culposo, responde de los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, aunque limite los daños por los que responde el no doloso a aquellos que podían preverse al momento de contratar. Esta limitación, no resultan irrazonable ni caprichosa, toda vez que se fundamenta en criterios de justicia y equidad contractual, en la tradición culpabilista en que fundamenta la responsabilidad civil contractual, y encuentra respaldo en referentes internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías y los Principios Unidroit, lo que reafirma su razonabilidad.” (subrayas extratexto).

Por lo anterior, concluye la Sala, no hay lugar al reconocimiento de la indemnización de perjuicios deprecada.

Sin costas en esta instancia

3.- DECISION

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Trece Laboral de Circuito de Medellín, el 24 de mayo de 2022, en el proceso ordinario instaurado por la señora SILVIA CAICEDO PORTOCARRERO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

2.- Sin **COSTAS** en esta instancia.

3.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE


JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO