

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, doce (12) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

AUTO

Para representar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES se le reconoce personería a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S A S, representada legalmente por la señora CLAUDIA LILIANA VELA identificado con cédula de ciudadanía 65.701.474 y tarjeta profesional 123.148 del Consejo Superior de la Judicatura, quien además actúa como apoderado judicial inscrito en el certificado de Cámara de Comercio de dicha sociedad, y por sustitución de éste se le reconoce personería a la doctora LUISA FERNANDA SÁNCHEZ NIETO identificada con cédula de ciudadanía 1.032.392.752 y tarjeta profesional 329.278 del Consejo Superior de la Judicatura.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso Ordinario Laboral radicado con el número 05360031050022019019401, promovido por la señora **EUCARIS DE JESÚS BRAN SERNA**, en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**

PENSIONES – COLPENSIONES, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte demandante y de PORVENIR S.A frente a la sentencia emitida el 17 de junio de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí, y revisar en consulta la misma providencia en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...”, se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número **048**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

La señora EUCARIS DE JESÚS BRAN SERNA pretende se declare la ineficacia de su traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A., y como consecuencia, se disponga el restablecimiento de su afiliación al RPMPD administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad. Se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluidos los rendimientos financieros, descuentos al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, prima de seguros FOGAFIN, y primas de seguros de invalidez y muerte. Se ordene además a PORVENIR S.A. el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales causados por el traslado. Además de ello, solicita se ordene a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión junto con los intereses moratorios o en subsidio la indexación.

Subsidiario a lo anterior, deprecia condenar a PORVENIR S.A. reconocer y pagar pensión de vejez desde que se acrediten los requisitos de la demandante, y hasta el momento en que tal obligación se asuma COLPENSIONES, más los intereses moratorios y en subsidio indexación.

También como pretensión subsidiaria, solicita se condene a PORVENIR S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales del demandante, mediante el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos en los que se le hubieren concedido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con los perjuicios morales, tasados en 100 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, hasta el mes de septiembre de 1994, fecha en la que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado entonces por HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., momento en el cual le señalaron que el otrora ISS, estaba en crisis. Posteriormente realizó traslado dentro del mismo RAIS a la AFP PROVENIR S.A. el 12 de septiembre de 1999, pues un asesor le manifestó que debía permanecer en ese régimen, pero en ninguno caso le efectuaron una asesoría personalizada, pues no explicaron los pros y los contras del Régimen de Ahorro Individual, ni las diferencias con el RMP.

También narra que, dando respuesta a un derecho de petición, PORVENIR S.A. el 5 de junio de 2019 le indica que su mesada pensional en dicha AFP sería de un salario mínimo, y en COLPENSIONES sería mucho mayor.

En sentencia proferida el 17 de junio de 2020, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí, declaró la ineficacia del traslado de la señora EUCARIS DE JESÚS BRAN SERNA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, entendiéndose que la demandante ha estado afiliada válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y ordenó: i) A PORVENIR S.A., trasladar, con destino a COLPENSIONES, *los*

dineros de la cuenta de ahorro individual y los respectivos rendimientos financieros de la demandante a COLPENSIONES, así mismo las cuotas de administración, el concepto de primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria durante la vigencia de la afiliación a cargo del patrimonio de las administradora.. ii) A COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A., y validar la afiliación de la demandante, iii) A COLPENSIONES, el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante en los términos de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, desde la fecha en que acredite la desafiliación al sistema o cese las cotizaciones; iv) absolvió de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de la indemnización de perjuicios y, condenó a PORVENIR S.A al pago de las costas del proceso, no así a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE. Manifiesta desacuerdo con la sentencia de primer grado en lo referente a no ordenarse el disfrute de la pensión, pues está demostrado que, para el 19 de septiembre del año 2017, ya contaba con la edad, y para el 14 de junio de 2019, ya superaba las 1800 semanas. Arguye que la intención de su protegida no era seguir cotizando, pero no se pudo pensionar previamente en el RAIS y debió seguir laborando, motivo por el cual el disfrute de la pensión deberá efectuarse desde que la señora EUCARIS BRAN SERNA cumplió 57 años; y en armonía con ello, señaló que no podía solicitar el reconocimiento de la pensión ante COLPENSIONES, porque no era afiliada.

También afirma que, dentro del proceso, si se demostró el daño emergente con el simple hecho que la accionante no se ha podido pensionar, y el lucro cesante corresponde al retroactivo ausente desde septiembre de 2017; que no se desconoce el deber de analizar el hecho, el daño, y el nexo de causalidad, y en tal sentido, el hecho corresponde a la firma del formulario, el daño se perfecciona al no se ha podido pensionar la accionante, y entre estos dos existe un nexo de causalidad. En

armonía con ello, argumenta que debe darse total valor probatorio al testigo arrimado, toda vez que la tacha de falsedad fue indebidamente presentada.

Solicita también que en el evento de no concederse dicha petición principal, se deben analizar las pretensiones subsidiarias, es decir, que la pensión de vejez sea reconocida por PORVENIR desde que la demandante cumplió los 57 años hasta cuando COLPENSIONES proceda con el pago efectivo de ésta prestación económica.

PORVENIR S.A. La apoderada fundó su inconformidad en dos puntos a saber:

i) No hay lugar a la declaratoria de ineficacia, toda vez que la demandante de manera libre y voluntaria, decidió firmar el formulario de afiliación con ese fondo de pensiones, documento que se denota auténtico. Además de ello, indica que no es posible acatar la carga dinámica de la prueba, pues han transcurrido muchos años desde la fecha del traslado.

ii) Pide revocar la devolución de cuotas de administración, porcentaje de garantía mínima y sumas adicionales, toda que estos descuentos fueron consecuencia de una disposición legal, además de tratarse de comisiones pagadas y causadas durante la administración de los dineros, y estas cifras beneficiaron a la demandante. Informa también que éstos saldos no se destinan a la cuenta de ahorro individual por lo que se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

COLPENSIONES. Señala que el acto jurídico de afiliación fue libre y voluntario, y produce efecto entre las partes, motivo por el cual no pueden afectar a un tercero como lo es dicha AFP, por lo que PORVENIR es quien debe asumir todas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues de lo contrario, se estaría atentando contra el principio de estabilidad financiera.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez dado el traslado para presentar alegatos de conclusión, se allegaron los siguientes pronunciamientos:

DEMANDANTE. Efectúa un recuento sobre el deber de información que recae sobre las administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS, agregando que al no haberse probado por parte de la pasiva una adecuada asesoría y buen consejo, no existe una manifestación libre y voluntaria del afiliado pues se indujo en error, motivo por el cual se deberá confirmar la sentencia de primera instancia en lo concerniente a la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, como la consecuencias devolución de aportes, dineros destinados al pago del Fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, la prima de seguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Además de ello, replica los argumentos expuestos al momento de interponer el recurso de alzada, persistiendo en su intención de revocar parcialmente la decisión de la juez de instancia en lo relativo al reconocimiento de la pensión de vejez, pues la misma debe disfrutarse desde el instante en que se acreditaron los requisitos, igualmente afirma que se debe dar total valor probatorio a la declaración practicada en juicio; y es procedente conceder a los perjuicios.

Por último, referencia jurisprudencia mediante la cual alega que para efectos del retroactivo pensional, se debe mirar la intención de cesar las cotizaciones, y que se pueden desconocer pagos posteriores para el cumplimiento de la edad; además de armar historia aboral de la accionante y certificaciones “pila”.

COLPENSIONES. Al momento de presentar sus alegatos de conclusión, reiteró lo argumentado en el recurso de alzada, de manera particular que, es un fondo de pensiones ajeno a la relación contractual existente entre la demandante y

PORVENIR S.A.; aunado a ello, replico lo relativo al principio de sostenibilidad financiera.

Ahora, en el evento de confirmarse la decisión, insta a la devolución de los recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, rendimientos de la cuenta del demandante, anulación de bonos pensionales si existieren, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales, gastos de administración, y que tales conceptos deben ser trasladados de manera indexada.

PORVENIR S.A. Afirma no compartir los argumentos expuestas por la *a quo*, pues no existe prueba fehaciente para concluir que se omitió información en el momento del traslado, más aún que fue aportado formulario de vinculación suscrito a puño y letra por la accionante. Igualmente reiteró que no deben ser trasladadas las cuotas de administración.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de esta segunda instancia, consiste en determinar si el traslado entre la administradora de pensiones del RPMPD al RAIS, efectuado por la demandante se torna ineficaz, como lo precisó el Juzgador de primera instancia, y en caso afirmativo, si procede o no el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante en aplicación de lo contenido en la ley 797/2003, con disfrute desde la fecha del cumplimiento de la edad, de ser viable determinando a cargo de cual fondo de pensiones. Igualmente, si hay lugar a la indemnización de perjuicios pretendida.

CONSIDERACIONES

Esta Sala se acoge al precedente jurisprudencial pacífico, que en temas en un principio de nulidad y posteriormente de ineficacia, ha desarrollado la Honorable Corte Suprema de Justicia con ya 15 años de desarrollo, esto es, desde las sentencias

31989 y 31214 de 2008, cuando se analizó la situación que nos convoca bajo la óptica de la *nulidad del acto jurídico* , situación que cambió en cuanto a su consecuencia jurídica a partir de la sentencia SL 12136 de 2014, donde se abordó la *ineficacia* .

La figura de la ineficacia, en materia de elección de un fondo pensional, tiene su sustento en la parte final del inciso primero del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando hace referencia al hecho que si por cualquier forma se atenta contra el derecho a la afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se dejará sin efecto la afiliación respectiva.

Según se desprende de los fundamentos fácticos de la acción, se duele la parte actora de la omisión por parte de HORIZONTE S.A. y luego de PORVENIR S.A, del deber de información, por tanto, se hace necesario abordar bajo tal óptica la situación del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, llevado a cabo el 8 de septiembre de 1994 ante HORIZONTE S.A, y la vinculación posterior efectuada a PORVENIR S.A. el día 9 de diciembre de 1999.

Respecto a la información que deben brindar los fondos de pensiones a quienes pretenden captar como sus afiliados, es importante tener en cuenta que el mismo no tiene como fuente primigenia la llamada ley de doble asesoría 1748 del 2014, con su decreto reglamentario 2071 de 2015, pues dicha obligación existe desde el estatuto orgánico del sistema financiero, decreto 663 de 1993 en su artículo 97, al igual que el decreto 720 de 1994 en sus artículos 10 y 12, que determina que la información suministrada debe ser suficiente, amplia y oportuna, trasladando además las responsabilidades del asesor de los fondos pensionales a las entidades que representan.

Ahora bien, es importante precisar que, al tratarse de la multicitada figura de la *ineficacia* , esta no es susceptible de saneamiento, a más que lo se pretende es dejar sin efectos el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, el acto jurídico realizado por la asegurada el 8 de septiembre de 1994 ante

HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, por tanto, el estudio debe centrarse exclusivamente al cumplimiento o no del deber de información de dicho momento lo cual tiene su sustento en la sentencia SL 1688 de 2019, que como su referente lo indica proviene de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

El análisis del tema pensional, bajo la perspectiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es un tema complejo, pues refiere múltiples aspectos y variables como lo son la forma de liquidación de las prestaciones en el caso que el afiliado tenga o no beneficiarios, los capitales requeridos para pensión ordinaria o anticipada, las condiciones de la garantía de pensión mínima, las modalidades de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, la forma en general como se financia la prestación, la incidencia de las fluctuaciones de los mercados en cada cuenta de ahorro individual, y en general, en principio, más que un comparativo de los montos pensionales su diferentes aspectos de un régimen frente al otro, situaciones estas básicas que son comprendidas dentro de los mandatos del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 que disponía para el momento del traslado de la actora: *“Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben 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 juicios claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”* y, por su parte, el Decreto 720 de 1994 en su artículo 12, cuyo texto preceptúa: *“...Obligación de los promotores. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado...”*, lo que la Honorable Corte Suprema de Justicia delimitó como un primer momento frente al deber de información.

Dado el anterior precedente, es claro para la Sala de Decisión, que a la señora EUCARIS DE JESÚS BRAN SERNA, no se le suministró la información de la forma que ha determinado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional, o al menos no obra como una verdad procesal, pues la única referencia que se tiene al

respecto es lo narrado por la actora en el interrogatorio de parte, del cual, a la luz del artículo 191 del CGP no se denota confesión alguna, y por el contrario, la misma manifestó que la asesora de HORIZONTE al momento de traslado de régimen, le expuso que el seguro social se iba a acabar, y en tal sentido iba a tener mejores privilegios en el RAIS; que en 2018 se dio cuenta que recibiría una mesada pensional de un salario mínimo; y que actualmente está laborando.

Para definir lo anterior, se hace imperioso determinar a quién corresponde la carga de la prueba de la omisión total o parcial al deber de información al momento de la afiliación o traslado, y en dicho sentido la Sala acoge el precedente reiterado de la inversión de la carga de la prueba, con fundamento en las Sentencias SL 1.452 y SL 1.688 de 2019 donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explicó, que en los procesos en los cuales se controvierte la eficacia del traslado entre regímenes pensionales, la demostración del consentimiento informado es el que tiene la virtud de generar la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez; *“...si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó...”*.

Según la Corporación mencionada, la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia *“...en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento...”*.

Conforme al criterio expuesto, contrario a lo que arguye PROVENIR en el recurso y en sus alegaciones finales, lo afirmado en un formulario de traslado de régimen pensional acerca de la selección libre y voluntaria de régimen por parte de un afiliado, no puede calificarse como tal si éste no recibe información veraz, oportuna, clara, comprensible y completa sobre los alcances de dicha decisión, ni el traslado se convalida en fecha posterior con la simple firma de otro formato o con la sola presentación de un cálculo actuarial, considerando el cambio sensible que ese acto jurídico genera en el derecho pensional de los afiliados al sistema, y considerando que el acto del cual se estudia la ineficacia es el de traslado de régimen.

En criterio de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, “...no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de aborro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición...” (Sentencias SL 19.447 de 2017 y SL 1.452 y SL 1.688 de 2019), lo que significa que la firma del formulario no es suficiente para agotar el deber de información a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones que pretende captar un afiliado.

Además, el deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones no es un privilegio de quienes se benefician del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (véase sentencias SL 19447 de 2017 y SL 1452 de 2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia), porque el ordenamiento constitucional y legal colombiano no hace esa distinción, a más que las razones expuestas por la Corte Suprema de Justicia tienen aplicabilidad tanto para beneficiarios como no del régimen de transición.

Lo cierto es que a partir de los hechos y del análisis en conjunto de la prueba allegada, se genera para esta Superioridad la certeza de que no existió simetría de la información de parte del fondo privado accionado, es decir, que la asegurada hubiese contado con todos los elementos necesarios y suficientes, con las

implicaciones concretas de lo que sería la causación de su derecho pensional en uno u otro régimen, y con una asesoría focalizada y dirigida, para que en su caso particular tomara la decisión que considerara más beneficiosa.

Esta Sala, acoge el planteamiento en la medida que se encuentran dados los presupuestos legales y jurisprudenciales para que proceda la declaratoria de ineficacia petitionada. Además, ninguna prueba en el plenario permite establecer que el traslado al régimen de ahorro individual por parte de la asegurada a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, se hubiese realizado bajo los parámetros de libertad informada y transparencia mínimos.

Ahora, la apoderada de PORVENIR S.A. no comparte la orden de devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales. Sobre ello, precisa esta Sala que las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, conllevan que se impongan las restituciones, las cuales implican el traslado de la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos generados por éstos en el Fondos Privado, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, los cuales deben asumir las AFP con cargo a sus propios recursos, por los periodos durante los cuales la accionante permaneció afiliada a aquella, a la administradora cuya afiliación es válida, y en caso de que no se hubiera hecho (Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 2004, y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias SL4.964 de 2018, SL4.989 de 2018, SL1.421 de 2019 y SL1.688 de 2019).

A juicio de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, las administradoras deben devolver al sistema la totalidad de los valores que hayan recibido debido a la afiliación, *“...como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado...”*. En tanto que *“...al haber sido una 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...” (Sentencia de 8 de septiembre de 2008, Radicado 31.989), postura esta que justifica la orden de devolución no solo de las cuotas de administración, sino además de las sumas que hayan sido destinadas al pago de los seguros previsionales, así como se indica estos hayan sido entregados por la AFP a una aseguradora, evento en el cual debe ser asumido su reintegro por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones.

Es importante resaltar como la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, en la sentencia SL2877-2020, radicación 78667 del 20 de julio, se refirió puntualmente al tema de las cuotas de administración, al siguiente tenor:

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

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

En reciente providencia, concertante la SL610-2023, dispuso:

Por esto mismo, tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.

*Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la accionante y el bono pensional si hubiere lugar. De igual modo, dicha entidad **deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima**, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones (CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022 y CSJ SL3188-2022). (Negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior deja claro, que el hecho de “una buena gestión”, no es eximente de la devolución de la totalidad de recursos que haya recibido en virtud de la afiliación que se declara ineficaz, tratándose de gastos de administración, pues el Fondo privado debe entregar a COLPENSIONES la totalidad de sumas recibidas por la afiliación ineficaz sin deterioro alguno, como quedó anotado en precedentes.

En el sentido antes mencionado, esta corporación, acoge la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en lo relacionado con los reintegros que tendrá que hacer la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con destino a COLPENSIONES una vez declarada la ineficacia, pues las equivalencias ente uno y otro régimen no tiene por qué asumirla un afiliado frente al cual se han realizado cotizaciones en la forma dispuesta por ley, y de modo alguno puede trasladársele el detrimento en sus cotizaciones bien sea por el transcurso del tiempo, ora por deducción por concepto de cuotas de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y/o seguros previsionales, los cuales por lo antes expuesto debe asumirla la administradora del RAIS con cargo a su propio patrimonio. Tampoco es procedente que sea el administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, quien asuma los deterioros por cualquier causa de las cotizaciones de los afiliados, pues la ineficacia se causa por la conducta de la AFP privada, dada la omisión del deber de información que le incumbe.

Así mismo, se debe anotar que la regla del artículo 1746 del Código Civil no se limita al caso de pérdidas o deterioros, la misma es una previsión legal adicional a las restituciones a que hubiese legal, y es por ello que se reitera, esta Sala acoge en

las restituciones las reglas pacíficas al respecto dictadas por la Honorable Corte Suprema de Justicia en las anteriores referencias de esta providencia, para lo cual además no puede perderse del horizonte que los rendimientos son generados por un capital aportado a título de cotizaciones del trabajador y su empleador.

Conforme a lo antes expuesto, resulta claro, que no se vislumbra enriquecimiento sin causa como lo indica la coaccionada PORVENIR S.A. en su recurso de alzada.

Sumado a lo anterior, y dando alcance a lo advertido por COLPENSIONES en sus alegatos de conclusión, este cuerpo colegiado rememora que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 2308, Radicado 81630 de 7 de julio, SL 2932, Radicado 71679 de 12 de agosto de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021 precisó que las Administradoras de Pensiones deben devolver a Colpensiones los conceptos objeto de restitución, debidamente indexados, por el periodo en que la asegurada permaneció afiliada a dichas AFP, sin que dicha actualización comprenda los dineros de la cuenta de ahorro individual ni sus rendimientos financieros.

Al respecto en la sentencia SL 3709 de 2021, la Corporación mencionada refirió que *“...como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima...”*.

Razón por la cual se adicionará en este sentido la providencia.

PENSIÓN DE VEJEZ

El documento que reposa a folio 08 archivo 001 del expediente físico digitalizado, informa que la demandante nació el 19 de septiembre de 1960, tenía 33 años de edad el 1° de abril de 1994 cuando entró en vigencia en el sector privado el Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, y no colmaba el requisito de los quince o más años de servicios cotizados, porque en dicha fecha solo tenía aportadas 571 semanas de servicios prestados, lo cual significa que no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la normatividad mencionada, y que por ende, no podía acceder a la pensión por vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por medio del Decreto 758 del mismo año ni en los términos de la Ley 71 de 1988 o Ley 33 de 1985.

Pese a lo expuesto, en este juicio es posible el reconocimiento de la pensión por vejez con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, exige para poder acceder a la prestación, en nuestro caso, **57 años o más de edad a las mujeres**, y un mínimo de 1.300 semanas cotización en el sistema pensional.

De la historia laboral de la actora expedida por PORVENIR S.A, documento que fue arrimado desde la presentación de la demanda (folio 19 a 27 del expediente físico), da cuenta que la demandante había cotizado hasta febrero/2019 y durante toda su vida laboral 1.835, y cumplió los 57 años de edad el 09 de septiembre de 2017 (Registro Civil de Nacimiento folio 09 expediente físico digitalizado).

En consecuencia, como lo indicó la *a quo*, le asiste derecho a la demandante a la pensión de vejez con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Fue objeto de apelación por el apoderado de la parte demandante, lo referente a la fijación de la fecha del disfrute de la prestación de la pensión de vejez de la accionante, toda vez que la Juez la definió “*desde la fecha en que acredite la desafiliación al sistema o cese las cotizaciones*” considerando el apoderado que no debe ser ésta, sino

la calenda a partir de la cual la señora BRAN cumplió la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, por tener para entonces todos los requisitos reunidos para acceder a la prestación, sin que sean tenidos en cuenta los períodos cotizados con posterioridad a tal fecha.

La posibilidad a la que hace referencia el apoderado de la parte demandante, si bien hace parte de la construcción Jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y a la fecha de emisión de la presente sentencia tiene plena vigencia, no puede ser aplicada al caso concreto, toda vez que los presupuestos fácticos para su aplicación no coinciden con las particularidades caso de la actora, como se pasa a explicar a continuación:

De conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, el disfrute de la pensión de vejez se define desde la fecha en que se registra la novedad de retiro dentro del Sistema Pensional, sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha desarrollado una posición según la cual, el disfrute de la prestación puede definirse desde el momento en que el afiliado haya desplegado conductas que indefectiblemente pueden interpretarse como la voluntad de no continuar vinculado con el Sistema, cesando los aportes y presentando solicitud de reconocimiento pensional (SL 2061-2021; SL 300-2019; SL 1594-2019), o cuando, presentado el formulario, la entidad es renuente al reconocimiento de la pensión de la prestación pese a tenerse cumplido el lleno de requisitos, induciendo al usuario a seguir cotizando al Sistema. De manera adicional, la Alta Corporación dispone que las cotizaciones posteriores a la causación, se hayan efectuado con un salario inferior al habitual, de manera que la continuidad en los aportes haya afectado el IBL del afiliado. Al respecto las sentencias SL 1867-2023; SL 4258-2020; SL 5603-2016, entre otras.

En el caso concreto no puede predicarse la existencia de una inducción a error a la demandante por parte de COLPENSIONES, en lo que tiene que ver con la continuidad o cesación de cotizaciones al Sistema General de Pensiones, no existió una conducta renuente por parte de la entidad pública en el reconocimiento de la

prestación, ya que se otorgó por la *a quo* mediante providencia judicial, y en virtud de la declaratoria de ineficacia de la afiliación que contiene la ficción jurídica de retrotraer las cosas a su estado anterior, por lo tanto, no existen elementos fácticos ni jurídicos suficientes para modificar la fecha de disfrute de la prestación por parte de la actora, lo que supone entonces, la confirmación de lo dispuesto en sentencia de primera instancia.

No sobra destacar que, en el interrogatorio de parte, la demandante confiesa ser cotizante activa, además de ello, y contrario a lo afirmado por el acudiente judicial de la parte actora, sea del caso resaltar que dentro de la foliatura no registra prueba fehaciente que permita determinar sin lugar a hesitación, que la señora EUCARIS DE JESÚS BRAN desde el momento en que cumplió los 57 años de edad, adelantó los mecanismos necesarios para disfrutar de su pensión de vejez, y contraposición a ello, se aprecia de la prueba documental aportada, que solo unos meses antes de presentarse la demanda, comenzaron los trámites administrativos pertinentes, y si bien el testigo BOSBEL DE JESÚS PIEDRAHITA VALENCIA menciona que la demandante pretendía pensionarse desde los 57 años, sus dichos se denotan generales y con poca convicción sobre el conocimiento puntual de las acciones tendientes a obtener la prestación económica por parte de aquella.

Al haber sido objeto de apelación y reiteración en alegaciones finales, también es pertinente mencionar que el apoderado de la parte demandante insiste en que la tacha de testigos era extemporánea, siendo pertinente la valoración completa del testigo arrimado al proceso. Sobre ello, habrá de indicarse que a juicio de ésta colegiatura, la tacha no implica la ausencia de apreciación de la declaración juramentada, sino, la valoración más cuidadosa de la misma, lo cual en efecto aconteció en ésta instancia, donde el testimonio se valoró de manera conjunta con el restante material probatorio.

Ahora, este juzgador colegiado considera importante resaltar que, la etapa para presentar alegatos de conclusión, no es el momento procesal oportuno para arrimar elementos probatorios, máxime que, dentro del trámite en esta instancia,

la sala no determinó la práctica de pruebas, razón por la cual no se dará valor a la documental arrimada por el apoderado de la parte accionante.

Así las cosas, la sentencia de primer grado en este punto de apelación será confirmada.

Al haber resultado avantes las pretensiones principales, no hay lugar al análisis de las peticiones subsidiarias rogadas en el recurso de alzada.

Por otro lado, debe precisarse que, de haberse generado bono pensional al momento del traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual, éste deberá ser devuelto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional al menos el tipo A, y por tal razón, si se realiza dicho pago, se debe efectuar la devolución al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien una vez recibido debe anularlo.

En ese sentido, se complementará la decisión.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

El último punto de inconformidad de la activa tiene que ver con la absolución en primera instancia de la pretensión encaminada al reconocimiento de perjuicios morales y materiales generados a la demandante, pues según el apoderado de la parte demandante, quedaron plenamente probados en el proceso y por tanto deben ser concedidos por este Juez colegiado.

Sobre los perjuicios morales, se precisa lo siguiente:

Según la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el daño moral *“...configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de*

inmensurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial...” (Sentencia de 4 de abril de 1968)

“... El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo. Se identifica con la noción de daño moral, que incide o se proyecta en la esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc...” (Sentencia de 13 de mayo de 2008)

A juicio de la Corporación mencionada, el daño moral es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, por tratarse recta y exclusivamente del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial. Su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, respecto de los cuales se distingue por su especificidad al recaer únicamente en los sentimientos y afectos, a consecuencia del quebranto de derechos, intereses o valores de naturaleza, ya patrimonial, bien no patrimonial, con los cuales no se confunde.

Ahora, esta Sala dando aplicación a los derechos constitucionales al debido proceso y defensa, ha sostenido que desde la presentación de la demanda se debe exponer con claridad y precisión los hechos en que se basan las pretensiones, cuáles son los fundamentos jurídicos que las sustentan y qué pruebas hará valer.

Lo anterior, con base a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, donde se adocrinó que la demanda es el escrito mediante el cual se ejerce el derecho subjetivo público de acción, es decir, se formula a la Rama Judicial del Estado la petición de que administre justicia y con tal fin decida sobre las pretensiones contenidas en ella. La demanda es la base, junto con la contestación del demandado, para el desarrollo del proceso judicial por los sujetos del mismo, o sea, el juez, las partes y los intervinientes, y, por tanto, la base para dictar la sentencia

que pone fin al proceso, y tiene legalmente efectos jurídicos importantes, como son, entre otros, la interrupción de la prescripción o la inoperancia de la caducidad, la radicación de la competencia en un determinado funcionario y la consonancia de la sentencia (sentencia C-1069 de 3 de diciembre de 2002).

En el caso *sub lite*, de entrada, se observa que el libelo gestor carece de estas condiciones, pues en el acápite de hechos, nada se indicó al respecto, y a contrario sensu, se aprecia que la demanda va encaminada a lograr la declaratoria de ineficacia del traslado con todas sus consecuencias.

Lo anterior no es de poca monta, debido a que el extremo procesal pasivo no estaría obligado a controvertir hechos ausentes en la demanda, ni a presentar sus argumentos jurídicos para oponerse a una eventual condena por perjuicios, aspecto que debería tener la misma trascendencia e iguales exigencias que la petición de ineficacia.

Con todo y lo ya explicado, y en vista que la decisión adoptada en primer grado fue impugnada bajo el argumento que el *hecho* se demuestra con la firma del formulario en el RAIS, el *daño* se configura porque no ha sido posible que la demandante reciba pensión de vejez, y también entre estos dos existe un *nexo de causalidad*, debe la Sala entrar en materia para la resolución del mismo.

Así las cosas, se adentrará este cuerpo colegiado en analizar la existencia o no de una responsabilidad indemnizatoria por los posibles perjuicios generados a la demandante al no haberse recibido aún la pensión de vejez, lo cual pudo haberle significado un detrimento en el retroactivo de las mesadas pensionales. Por lo tanto, para esta Sala, si se deben estudiar los elementos configurativos de la responsabilidad civil contrario a lo señalado por la parte actora, los cuales son: el hecho, el daño, la culpa y el nexo causal.

Pues bien, evidentemente se demuestra el hecho al advertirse que la accionante inició su vida laboral efectuando cotizaciones al entonces Instituto de Seguros

Sociales, y luego se trasladó a HORIZONTES hoy PORVENIR S.A., como se explicó en acápite anteriores.

Seguidamente se examinará la existencia del daño, el cual se precisa ser cierto, cuantificado o al menos cuantificable, y que se configura, de acuerdo a las pretensiones de la demandante y el recurso de apelación, en el retroactivo pensional eventualmente reconocido desde el momento en que cumplió los 57 años de edad, el cual, según sus dichos, se denota inexistente debido a una mala asesoría del fondo privado acá convocado, al inducirla en error y seguir cotizando al sistema.

En lo que se refiere al daño, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 18 de diciembre de 2008, dentro del expediente 88001-3103-002-2005-00031-01, manifestó que:

«... el daño es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, su plena demostración recae en quien demanda, salvo las excepciones legal o convencionalmente establecidas, lo que traduce que, por regla general, el actor en asuntos de tal linaje, está obligado a acreditarlo, cualquiera sea su modalidad, de donde, en el supuesto señalado, era -y es- imperioso probar que el establecimiento producía utilidades, o estaba diseñado para producirlas en un determinado lapso de tiempo, sin que este último caso, pueda confundirse con el daño meramente eventual o hipotético, que desde ningún punto de vista es admisible.»

De conformidad a lo anterior, y en el contexto que aquí se analiza, esto es los perjuicios materiales, es la parte actora quien debe probar cual fue la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, ya que cada régimen trae o no beneficios de acuerdo a la situación particular del afiliado, que permite a las personas escoger el que más les convenga. Ello para significar que la diferencia entre mesadas pensionales de cada régimen no es el único elemento para dictaminar la existencia de un perjuicio, pues existen y confluyen una serie de situaciones que pueden llegar a influir en la decisión del afiliado según la época y condiciones personales.

Así por ejemplo, se resaltan algunas características que del RAIS que en determinados escenarios, podrían resultar más favorables al afiliado, a saber:

i) La devolución de saldos, la cual es más favorable en su monto que la indemnización sustitutiva del RPM. ii) La garantía de pensión mínima de vejez, que se obtiene con 1.150 semanas cotizadas en el RAIS, garantía inexistente en el RPM. iii) Ante la inexistencia de beneficiarios del afiliado fallecido, los dineros de la cuenta de ahorro pensional pasan a sus herederos, lo que no ocurre en el RPM, pues por principio de solidaridad, dichas sumas no son devueltas. iv) Si en el RAIS, el pensionado ha escogido la modalidad de retiro programado y fallece sin tener beneficios de la pensión de sobrevivientes, los saldos existentes en su cuenta de ahorro pensional, pasan a sus herederos, lo que no ocurre en el RPM, pues los dineros cotizados no son devueltos.

Hay que hacer notar que no siempre se puede predicar que se causó un daño al afiliado por el solo hecho de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, pues para dicho momento, era difícil predecir si las condiciones pensionales resultarían más favorables que en el Régimen de Prima Media, teniendo en cuenta las eventualidades ya enunciadas, tanto económicas como personales del afiliado.

Por consiguiente, en cada caso, se debe analizar si era claro o se podía prever al momento del traslado, que las condiciones pensionales futuras serían más beneficiosas en el RPM que en el RAIS, no sólo desde lo que debió informar el fondo privado, sino de acuerdo con los presupuestos de ley y del mercado.

Una vez explicado lo anterior, es apropiado mencionar el precedente Horizontal establecidos por los Magistrados de este mismo cuerpo colegiado, FRANCISCO ARANGO TORRES en sentencia 05001 31 05 002 2015 01276 01 y HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ con radicado 05 001 31 05 021 2021 00130 01, y que posteriormente fuera adoptada por esta Sala de Decisión en sentencia del 7 de septiembre de 2023 dentro del proceso con radicación 05001 31 05 009 2020 00359 01, con ponencia del MAGISTRADO JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ,

providencias donde se analizaron las siguientes variables para el momento del traslado y a través de la permanencia en el RAIS, veamos:

1. La edad del trabajador al momento del traslado de régimen pensional. Esto porque no es el mismo caso de una persona que muy joven se trasladó de régimen pensional, sin ninguna expectativa cierta de alcanzar una pensión de vejez, que una persona que ya estaba cercana a obtener tal prestación por faltarle pocos años para alcanzar la edad, teniendo ya un número significativo de semanas cotizadas o las mínimas requeridas para alcanzar la pensión en el RPM.

2. La densidad de tiempo de servicio o semanas cotizadas que se poseían al momento del traslado de régimen pensional. Esto porque del número de semanas cotizadas al momento del traslado, se puede determinar la mayor cercanía o lejanía a perder una expectativa de obtener una pensión en la forma ya definida en el RPM

3. El ingreso base de cotización (IBL) con el que cotizaba al momento del traslado de régimen pensional. Esto porque si una persona que su ingreso base de cotización (en adelante IBC) no era superior 1.5 salarios mínimos mensuales legales vigentes, al trasladarse del RPM al RAIS, no corre ningún riesgo de sufrir algún perjuicio, sino que solo obtiene los beneficios atrás enlistados, pues en todo caso la pensión de vejez no superará el salario mínimo mensuales legales, tanto en el RAIS como en el RPM.

4. La existencia o no al momento del traslado de régimen pensional, de beneficiarios que pudieran obtener una pensión de sobrevivientes. Esto porque permite establecer si quien se traslada del RPM al RAIS, finalmente, pudo obtener el beneficio, que, en caso de su fallecimiento, sin tener beneficiarios de pensión de sobrevivientes, sus ahorros pensionales hagan parte de la masa herencial, lo que a la vez permite saber el mayor o menor grado de perjuicio o beneficio que obtuvo con su traslado al RAIS.

5. La información que se le haya brindado o no al afiliado, según la norma legal vigente el momento del traslado de régimen pensional, sobre los beneficios y riesgos en cada uno de los dos regímenes pensionales. Esto porque los niveles de información a brindar a quien se trasladaba de régimen pensional, fueron de menos a más exigentes, según estuviera vigente el decreto 663 de 1993 y el Decreto 720 de 1994; la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010; o Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015

6. Si al momento del traslado del trabajador al RAIS, era o no beneficiario del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993. Esto porque permite establecer si quien se traslada del RPM al RAIS, obtenía mayor o menor grado de perjuicio o beneficio que de permanecer en el RPM.

7. Si el trabajador, supo o no que el monto de la pensión de vejez en el RAIS, podría ser inferior al que obtendría en el RPM, o conoció el posible valor de dicha prestación en el RAIS. Esto porque si el trabajador supo que el monto de la pensión de vejez en el RAIS, podría ser inferior al que obtendría en el RPM, no hay lugar a indemnización alguna de perjuicios por esta razón, pues fue un riesgo asumido voluntariamente por el trabajador. Igualmente, si el trabajador supo cuál era el monto que al menos probablemente percibiría en el RAIS no hay lugar a indemnización sino por el perjuicio de una pensión inferior a este monto probable, comparado con el que habría obtenido en el RPM.

8. Los actos de relacionamiento, que, si bien no tendrían ningún miramiento en el caso del traslado del afiliado del RPM al RAIS, para este caso, donde se debe demostrar por parte del demandante el hecho dañoso que causa perjuicios, la culpa de la AFP y el nexo de causalidad, si adquieren peso.

9. El pago anticipado de la pensión o la solicitud de excedentes de libre disposición, dado que estos actos voluntarios de las personas denotan aceptación de los beneficios del RAIS.

10. La posición asumida en la reasesoría, si de acuerdo a la misma se le indicó a la demandante que le convenía o no continuar en el RAIS y con base en ello determinar cuál fue la conducta de la afiliada.

Aterrizando los anteriores supuestos normativos y jurídicos al caso en concreto, y analizando la prueba aportada, adecuado resulta preponderar las siguientes particularidades al momento del traslado de régimen pensional a HORIZONTE el día 8 de septiembre de 1994:

1. La señora EUCARIS DE JESÚS BRAN SERNA, no tenía una expectativa cercana de alcanzar la edad para obtener el derecho a una pensión de vejez en el RPM, pues al momento del traslado de régimen, tenía 34 años, lo cual a su vez significa que le restaban 23 años para alcanzar éste requisito.
2. Contaba con 571 semanas cotizadas al entonces ISS, es decir, faltaban 729 semanas en su haber laboral para completar las 1.300.
3. Al momento del traslado, sus cotizaciones ascendían aproximadamente a dos salarios mínimos legales para la época, teniendo en cuenta que para el año 1994, correspondía a \$98.700.

4. Según lo narrado en el interrogatorio de parte, la señora EUCARIS solo cuenta con una hija, por lo que para dicho momento, no le representaba un beneficio o perjuicio en caso de fallecimiento, ya que, al tener esta beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, sus ahorros pensionales incluido el bono pensional se comportarían igual que en el RPMPD.
5. Como se estableció en párrafos anteriores de ésta providencia, al invertirse la carga de la prueba, la AFP HORIZONTES no pudo demostrar que asesorara a la accionante sobre los beneficios y riesgos en cada uno de los dos regímenes pensionales, empero, en el contexto de perjuicios, la parte demandante tampoco demostró con exactitud la mala información que alega haber recibido por parte del fondo privado.
6. La demandante no era beneficiaria del régimen de transición, pues se itera, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, no cumplía con la edad ni la densidad de semanas.
7. De acuerdo a las condiciones personales y profesionales de la demandante, era poco probable establecer fehacientemente para el año 1994, si resultaba más beneficioso permanecer en el RMP o en el RAIS.
8. La demandante decidió migrar a otro fondo de pensiones perteneciente al Régimen de Ahorro Individual, pues su vinculación inicial fue con HORIZONTE el 9 de septiembre de 1994, y con PORVENIR S.A. el 9 de diciembre de 1999. Novedad que si bien es cierto no influye en el marco de la ineficacia anteriormente confirmada, si repercute en el contexto de los perjuicios rogados.
9. No hay constancia que la demandante hubiese suplicado del fondo privado, el pago anticipado de la pensión o la solicitud de excedentes de libre disposición.
10. No registra prueba de haberse efectuado una reasesoría por parte de PORVENIR S.A.

Por consiguiente, y dando aplicación a la libre formación del convencimiento establecido en el artículo 61 del CPT y la SS, estima esta Sala que no se demuestra la existencia del daño, puesto que, la sola afirmación de haberlo sufrido incluso

proceder a cuantificarlo en su demandada, no es prueba de su existencia, sin que por lo demás este sea presumible.

Respecto al testimonio del señor BOSBEL DE JESÚS PIEDRAHITA VALENCIA, ésta declaración no constituye prueba suficiente de la aflicción moral que daría lugar a la indemnización de perjuicios morales reclamada, pues solo se relata que la accionante ha se ha denotado alterada y estresada al no haberse definido su situación pensional, sin dar detalles determinantes para deducir la entidad el perjuicio moral pretendido.

Como quiera que no se demostró este elemento es básico en la responsabilidad civil, innecesario resulta establecer una eventual conexidad con el hecho presuntamente generador de un perjuicio.

Así las cosas, se confirmará y adicionará la providencia que se revisa en apelación y consulta en este asunto puntual.

DE LAS COSTAS

Ante la desventura del recurso de apelación por la totalidad de los recurrentes, sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: Adicionar la sentencia, en el sentido que de haberse generado bono pensional, TIPO A., al momento del traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual, éste deberá ser devuelto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

TERCERO: Adicionar la sentencia que se revisa en apelación y consulta, en el sentido de ordenar la devolución de los gastos u cuotas de administración, las sumas adicionales de aseguradora, y las sumas dinerarias que correspondan a los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, sin que dicha actualización comprenda los dineros de la cuenta de ahorro individual ni sus rendimientos financieros.

CUARTO: Sin Costas Procesales en esta instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

Lo resuelto se notifica en **EDICTO**. Se ordena regresar el proceso al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

Con aclaración de voto

ACLARACIÓN DE VOTO
RADICADO: 05360031050022019019401

FRANCISCO ARANGO TORRES, magistrados de la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, presentamos ACLARACIÓN DE VOTO en la sentencia del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

A pesar que acompañó el fallo de segunda instancia en cuanto a que no hay lugar a la indemnización de perjuicios deprecada en contra de PORVENIR S.A., la que se sustenta en el hecho que la actora por su traslado al RAIS, no pudo acceder al disfrute de la pensión desde el 19 de septiembre del año 2017, cuando ya contaba con la edad, y las semanas para acceder a la pensión de vejez en el RPM, considero que las razones para tal decisión, debieron ser, que la fecha en que un trabajador quiera entrar a disfrutar de su pensión de vejez, es un asunto que pertenece al fuero interior de cada persona, que solo se puede saber con actuaciones expresas que exterioricen tal querer, toda vez que tener el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio y la edad para acceder a tal prestación, no es señal inequívoca de querer acceder a la pensión, pues puede existir interés de no empezar a disfrutarla, como por ejemplo en el caso de los servidores públicos que se rehúsan a retirarse del servicio para entrar a disfrutar de la pensión, prefiriendo seguir gozando de los beneficios laborales del salario y las prestaciones del cargo, que se menguan frente al beneficio de la pensión. Igualmente, trabajadores independientes o del sector privado pueden no tener interés en entrar al disfrute de la pensión, para evitar incurrir en inhabilidad de poder acceder a cargos públicos por tener la calidad de pensionados, o en seguir cotizando para obtener una tasa de reemplazo mayor o mejorar las últimas cotizaciones con las que se liquida la pensión.

Así, la única forma de acreditarse que un trabajador ha querido entrar al disfrute de la pensión de vejez, es el acto expreso de haberla solicitado.

Pero es más, si la demandante hubiese querido entrar a disfrutar de la pensión a partir del 19 de septiembre del año 2017, bien pudo desde esta fecha demandar la ineficacia del traslado del régimen pensional, y retirarse o cesar en el pago de las cotizaciones también desde esta fecha, conforme lo permite el Artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la ley 797 de 2003, para que el disfrute de la pensión se le causara desde tal retiro o cesación de las cotizaciones conforme las preceptivas de los Art. 13 y 35 del Decreto 758 de 1990.

Conforme lo anterior, la actora, no puede reclamar indemnización de perjuicios a cargo de PORVENIR S.A., pues estaba bajo su dominio acceder al disfrute de la pensión desde el 19 de septiembre del año 2017.

En los anteriores términos dejo aclarado mi voto.

FRANCISCO ARANGO TORRES
Magistrado

Firmado Por:

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia
Firma Con Aclaración De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9df3ceb383fd433454fd653e20e1b3c9044ace4c5df8bd09985ea2c91b73f1db**

Documento generado en 12/03/2024 12:02:01 p. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>