CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso las partes presentaron alegatos de conclusión por escrito dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Pereira, 24 septiembre de 2021

Sin necesidad de firma Artículo 2, inciso 2 Decreto Presidencial 806 de 2020 y artículo 28 del Acuerdo PCSJA20-11567

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

Radicación No.: 66001-31-05-003-2019-00410-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Fernando Antonio Márquez Franco
Demandado: Colfondos S.A. y Colpensiones
Vinculados: Ministerio de Hacienda, Oficina de Bonos Pensionales
Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, octubre cuatro (4) de dos mil veintiuno (2021)

Acta No. 153 del 30 de septiembre de 2021

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMAN DARIO GOEZ VINCASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Fernando Antonio Márquez Franco** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-** y la **Administradora de Fondos de Pensiones Colfondos S.A.**, al cual fue vinculada la **Nación - Ministerio de Hacienda, Oficina de Bonos Pensionales.**

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a revolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante en contra de la sentencia proferida el 6 de abril de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La demanda y su contestación

Solicita el demandante que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Protección S.A. y, en consecuencia, se declare válida y vigente su afiliación al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Asimismo, solicita que se declare que tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez consagrada en la Ley 797 de 2003

Consecuencialmente, procura que se condene a Protección S.A. y a Positiva Compañía de Seguros S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes que efectuó al régimen de ahorro individual, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración.

Por otra parte, pide que se condene a Colpensiones a reactivar su afiliación y a pagarle la pensión de vejez desde el 10 de febrero de 2017, más los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las condenas, las costas procesales y a lo ultra y extra petita que resulte probado en el proceso.

Para así pedir manifiesta que nació el 10 de febrero de 1955 y que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 29 de abril de 1977, cotizando un total de 669,71 semanas.

Añade que el 27 de octubre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., sociedad que no le brindó información relacionada con las garantías ofrecidas entre las modalidades de pensión ofrecidas en el RAIS, no le proporcionó un comparativo de las proyecciones pensionales, no detalló los beneficios y consecuencias del traslado de régimen, ni le puso de presente el plazo que tenía para retornar al régimen de prima media.

Refiere que Protección S.A. suscribió contrato de renta vitalicia con Positiva Compañía de Seguros, sociedad que le cancela mesadas pensionales en cuantía de \$4.976.085 desde agosto 2018.

Agrega que el 11 de junio de 2019 Protección S.A. le comunicó que no tenía competencia para declarar la ineficacia/nulidad deprecada y que no cuenta documentos físicos de la asesoría brindada al momento del traslado.

Relata que el 20 de junio de 2019 Colpensiones le informó que no era posible activar su afiliación al régimen de prima media, como tampoco recibir los aportes realizados en el régimen de ahorro individual.

Por último, afirma que la pensión a que tiene derecho en Colpensiones asciende a la suma de \$8.626.205, resultado de aplicar una tasa de reemplazo de 72,43% a un IBL de \$11.909.713.

En respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo que el traslado del demandante al RAIS tiene plena validez y no existe fundamento legal que permita su retorno al régimen de prima media. En ese sentido, propuso como excepciones perentorias las de "*Inexistencia de la obligación demandada*" y Prescripción".

Por su parte, **Protección S.A.** alegó que la selección de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que el demandante firmó los formularios y bajo la gravedad del juramento manifestó expresamente que entendía y aceptaba las condiciones establecidas, así como las características que le fueron informadas por los asesores. Añadió que el actor no se retractó cuando pudo hacerlo y, por tanto, es inadmisibles que ahora pretenda desconocer los efectos jurídicos derivados de su vinculación al RAIS, alegando su propia culpa por el descuido de su futuro pensional.

En ese orden de ideas, propuso como excepciones de mérito las que denominó "*Prescripción*"; "*Buena fe*"; "*Compensación*"; "*Inexistencia de la obligación*"; "*Falta de causa para pedir*"; "*Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada*"; "*Inexistencia de la fuente de la obligación*"; "*Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad*"; "*Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio*"; "*Afectación de la*

estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”; “Seguro previsional” y “Cuotas de administración”.

Asimismo, presentó demanda de reconvención en la que solicitó que se condene al señor Fernando Antonio Marquez a reembolsar a dicha sociedad las sumas recibidas por concepto de pensión de vejez y que proceda a cancelarle las respectivas costas procesales.

Positiva Compañía de Seguros S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que en la actualidad paga al promotor de la litis una pensión de vejez bajo la modalidad de renta vitalicia inmediata, la cual fue escogida por aquel de manera libre y voluntaria.

Alega que esa sociedad ha actuado dentro del marco de la legalidad y la buena fe, y que no es dable acceder a los pedidos del actor en razón a que su situación pensional se encuentra consolidada.

Consecuencialmente, propuso las excepciones perentorias que denominó “Inexistencia de la obligación”; “Inexistencia de vicios en el consentimiento”; “Imposibilidad de declarar la ineficacia de la afiliación de un pensionado”; “Buena fe”; “Enriquecimiento sin causa” y “Prescripción”.

2. Sentencia de primera instancia

La Jueza de primer grado declaró probadas la excepciones propuestas por las codemandadas y, en consecuencia, las absolvió de todas pretensiones de la parte demandante, a quien condenó al pago del 100% de las costas procesales.

Para fundar dicha decisión indicó que, de conformidad con el precedente de la Corte Constitucional, no era procedente declarar la ineficacia del traslado del demandante por cuanto ostentaba la calidad de pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia inmediata desde el año 2017.

Finalmente, condenó al demandante al pago del 50% de las costas procesales en razón a que, pese a haber demostrado los hechos plasmados en la demanda, resultaba improcedente acceder a lo pedido.

3. Recurso de apelación

La representante judicial del demandante sustentó la apelación alegando que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no podía dejarse de aplicar por ser doctrina probable; por ello, era del caso tener en cuenta que en sentencia SL31989 de 2008, dicha Corporación sostuvo que el reconocimiento de la pensión por parte de la AFP no constituía obstáculo para declarar la ineficacia del traslado, cuando aquella no demostró haber brindado información clara, completa y comprensible al afiliado, viciando su consentimiento y quedando sin validez el acto jurídico.

4. Alegatos de conclusión

Analizados los alegatos presentados por escrito por las partes, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresará más adelante. Por otra parte, el Ministerio Público no rindió concepto en este asunto.

5. Problema jurídico por resolver

De acuerdo a los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, los fundamentos de la apelación y los alegatos de conclusión, le corresponde a la Sala determinar si es viable declarar la ineficacia de traslado, y ordenar subsecuentemente la continuidad de la afiliación al régimen de prima media, respecto de aquellas personas a quienes les ha sido reconocida una pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

6. Consideraciones

6.1. Precedente vertical: la tesis de la Corte Suprema de Justicia respecto al tema de la ineficacia del traslado de personas pensionadas

A efectos de absolver la censura planteada por la togada apelante, se dirá que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, proferida el pasado 10 de febrero, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentó un precedente que cumple como derrotero en aquellos casos en los que se procura la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y con el cual tomó distancia del criterio establecido por la misma Corporación en la sentencia emitida el 9 septiembre 2008, dentro del proceso radicado con el número 31989.

Explicó la Corte que, si bien tiene una postura pacífica que atiende la declaratoria de ineficacia en aquellos casos en los que se acredita la inobservancia del deber de información por parte de las AFP del régimen privado al momento de gestionar un traslado de régimen pensional, esta no podía aplicarse a aquellos casos en los que ya se había concedido una pensión de vejez al afiliado, por cuanto el estatus adquirido constituye una situación jurídica consolidada que, al ser inobservada, tiene efectos en el universo de las entidades que intervienen, directa o indirectamente, en la consolidación, reconocimiento y pago de la garantía pensional. Sobre algunas de estas consecuencias explicó la Corte:

“Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes *y, además,* que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos”.

Pese a lo anterior, señaló el alto Tribunal que la persona que, habiendo sido pensionada en el RAIS, considerara afectado su patrimonio al estimar que su traslado no estuvo precedido de un consentimiento informado, cuenta con herramientas para procurar su resarcimiento. En estos términos expuso su postura:

“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento”.

Esta postura fue adoptada por la presente Sala de decisión en sentencia del 8 de marzo de 2021, radicado 2017-00577, con ponencia de quien aquí cumple igual encargo, variando la tesis que venía sosteniendo hasta la fecha respecto de la viabilidad de la ineficacia de traslado de personas pensionadas.

6.2. Caso concreto

En el caso que concita la atención de la Sala se encuentra plenamente acreditado que el señor Fernando Antonio Márquez solicitó la pensión de vejez y que el 13 de junio de 2017 ratificó ante Protección S.A. la contratación de renta vitalicia para que Positiva Seguros de Vida S.A. administrara su pensión a partir del mes de julio de la misma anualidad (fl. 30).

Una vez adelantados los respectivos trámites por parte de la AFP ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, esa cartera ordenó la emisión y pago del bono pensional a favor del señor Márquez Franco, situación que, a su

vez, dio pie a que Protección S.A. le reconociera la pensión de vejez bajo la modalidad de renta vitalicia inmediata.

Lo anterior permite concluir que, a las luces del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, hoy por hoy se encuentra extinto el derecho que tenía el actor, como afiliado al sistema general de pensiones, a movilizarse entre los dos regímenes pensionales que lo conforman, pues al adquirir la calidad de pensionado su situación jurídica quedó definida y consolidada bajo el régimen jurídico que regenta a quienes ostentan la pensión de vejez, prestación que, dependió de una serie de actos que comprometen recursos y responsabilidades obligacionales de terceros de buena fe.

En efecto, la pensión que actualmente percibe el demandante fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional cuya emisión dependió de la gestión que se adelantara por Protección S.A ante la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como de la aprobación de la liquidación provisional efectuada por la OBP, por parte de la demandante. Este panorama, en términos de la sentencia traída a colación, imposibilita que se acceda a las pretensiones vertidas en el libelo genitor, siendo del caso aclarar que al no haberse perseguido en el presente proceso la reparación de daño alguno por parte de la parte activa, esta instancia carece de facultades oficiosas para pronunciarse sobre ello.

Lo hasta aquí esbozado conlleva a la indefectible confirmación de la decisión de primer grado en su integridad.

Las costas en segunda instancia correrán a cargo de la parte demandante y a favor de las demandas en un 100%, las cuales se liquidarán por la secretaría del juzgado de origen.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Primera de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 6 de abril de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo de la parte demandante y a favor de las demandadas en un 100%. Liquidense por la secretaría del juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada Ponente,

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Con firma digital al final del documento

La Magistrada y el Magistrado,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Con firma digital al final del documento

GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO
Con firma digital al final del documento

Firmado Por:

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 4 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Radicación No.: 66001-31-05-003-2019-00410-01
Demandante: Fernando Antonio Márquez Franco
Demandado: Colfondos S.A. y Colpensiones
Vinculados: Ministerio de Hacienda, Oficina de Bonos Pensionales

German Dario Goetz Vinasco
Magistrado
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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:

f413d6bf7a54d88a79786bd67d753fe23800c31814c421005c9f5ce9e6f30c9d

Documento generado en 01/10/2021 02:03:46 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>