

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JAIRO GALLON ARIAS
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y OTROS
LITISCONSORTE	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
RADICACIÓN	76001 31 05 005 2020 00058 01
JUZGADO DE ORIGEN	JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO	APELACIÓN INEFICACIA DE TRASLADO. PENSIONADO DEL RAIS – RELIQUIDACION
MAGISTRADA PONENTE	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 070

Santiago de Cali, cinco (5) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA, GERMAN VARELA COLLAZOS y MARY ELENA SOLARTE MELO quien la preside, previa deliberación en los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 212 del 20 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 257

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende el demandante se declare la nulidad del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS-, como consecuencia solicita el traslado al RPM y el reconocimiento en este régimen de la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho.

En subsidio, se condena a PROTECCIÓN S.A. a reajustar el monto de pensión de vejez en el RAIS, liquidando la prestación conforme el Acuerdo 049 de 1990, pagar las diferencias pensionales, intereses moratorios o indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, señala que:

- i) Nació el 27 de septiembre de 1948, siendo beneficiario del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993.
- ii) Se afilió al RPM el 22 de septiembre de 1976, cotizando 985.29 semanas.
- iii) Se trasladó al RAIS con PROTECCIÓN S.A. a partir del 1 de octubre de 1995.
- iv) No se brindó por parte de los asesores del RAIS la información suficiente respecto de las consecuencias del traslado y las particularidades de cada régimen pensional.
- v) Fue pensionado el 3 de noviembre de 2006 bajo la modalidad de retiro programado, con una mesada pensional para 2019 de \$3.930.820.
- vi) Se le ha generado un perjuicio, toda vez que la pensión en el RPM para el año 2019 equivaldría a la suma de \$7.982.428.
- vii) El 11 de diciembre de 2019 se solicitó a PROTECCION S.A. información sobre el traslado y copia del formulario de afiliación, entre otros, recibiendo respuesta el 17 de diciembre de 2019 indicando que no hay un documento sobre la asesoría brindada al momento de la afiliación, no entregó copia del cálculo realizado para el reconocimiento de la pensión.
- viii) El 16 de enero de 2020 solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado y el reconocimiento de pensión de vejez e intereses moratorios, recibiendo respuesta negativa el 17 de enero de 2020.
- ix) El 21 de enero de 2020 solicitó a PROTECCION S.A. la nulidad del traslado al RIAS, con respuesta negativa el 27 de enero de 2020.
- x) A 27 de septiembre de 2008 contaba con 1494 semanas cotizadas.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Descorre el traslado proponiendo las excepciones de mérito de *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, innominada, buena fe, prescripción y legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad”*.

PROTECCION S.A.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: *“validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia del vicio de consentimiento por error de derecho, prescripción, inexistencia de intereses moratorios, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación, innominada o genérica”*.

Presenta demanda de reconvención, pretendiendo la devolución de todos los dineros que el demandante haya recibido por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez.

Mediante auto interlocutorio 1768 del 1 de septiembre de 2021, se integró como litisconsorte necesario al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, quien dio contestación a la demanda, proponiendo las excepciones de mérito que denominó: *“inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación y buena fe”*.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali por sentencia 212 del 20 de mayo de 2022 resolvió absolver a los demandados.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpone recurso de apelación manifestando que si bien es cierto la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 2021 cierra la puerta a la ineficacia cuando se trata de pensionado del RAIS, también sostiene que tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios; indica que esta

indemnización no fue solicitada en la demanda por cuando la sentencia que cambio la postura no se había proferido y el precedente era diferente. Por lo que solicita se haga uso de las facultades ultra y extra petita y se reconozca que están dados los presupuestos para demostrar que hubo daños y se causaron perjuicios.

Respecto de la reliquidación, cita un pronunciamiento de otra sala de este tribunal para señalar que al haber falta de información al momento del traslado se ha afectado el derecho a la pensión, por lo que se debe reconocer la prestación en los términos del RPM, condenando al pago de la pensión en forma completa, para lo cual se debe reliquidar la prestación.

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Se corrió traslado a las partes por un término de cinco (5) días para que presenten alegatos de conclusión. Dentro del plazo conferido, COLPENSIONES y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentaron alegatos de conclusión.

2. CONSIDERACIONES

No advierte la sala violación de derecho fundamental alguno, así como tampoco ausencia de presupuestos procesales que conlleven a una nulidad.

Por principio de consonancia, la Sala solo se referirá a los motivos de inconformidad contenidos en la apelación.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala resolver si, hay lugar a ordenar el traslado del RAIS al RMP, con el reconocimiento de pensión de vejez en este régimen, cuando se trata de un afiliado a quien le ha sido reconocida pensión de vejez en el RAIS.

También se debe estudiar si procede la reliquidación de pensión de vejez reconocida en el RAIS con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se confirmará**, por las siguientes razones:

El artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 establece que *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará 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 1o. del artículo 271 de la presente ley.”*

Y a su vez, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagró multas y sanciones para el empleador o 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”,* con la consecuencia que *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador (...).”*

Por su parte, el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, señala que los afiliados al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. Y el inciso 2 del Art. 2 del Decreto 1642 de 1995, establece que *“La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria”*

Ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, las AFP tienen el deber de brindar información a los afiliados o usuarios sobre el sistema pensional, correspondiendo a los jueces evaluar el cumplimiento de esta obligación; sin que sea suficiente para acreditar el cumplimiento de este deber, el simple consentimiento plasmado en el formulario de afiliación, por lo que se requiere de un *«consentimiento informado»*, pues se trata de que el afiliado tenga elementos de juicio que le permitan evaluar la trascendencia de la decisión que adopta, correspondiendo la carga de la prueba respecto a estos aspectos

relacionados con el suministro de información a los fondos de pensiones, operando una inversión de la carga probatoria en favor del afiliado demandante¹.

Ahora, respecto al deber de información en la sentencia SL1452-2019, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral hace una amplia explicación de la evolución que ha tenido, dividiéndolo en etapas. La corporación sostiene que la prestación de un servicio público esencial con la incursión en el sistema de seguridad social de actores privados, como es el caso de las AFP del RAIS, ha estado desde un principio, sujeta a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba, entendiendo que la escogencia *libre y voluntaria* del régimen pensional necesariamente implica *conocimiento*, el cual solo se obtiene cuando se “saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole”. Encontrándose este aspecto establecido desde el Decreto 663 de 1993, y posteriormente en Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

En cuanto a la procedencia de la ineficacia del traslado de quienes han obtenido el reconocimiento de pensión de vejez en el RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, cambió su criterio y expuso:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con revelar algunas situaciones:

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.

¹ CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 31314, 9 sep. 2008; CSJ SL 33083, 22 nov. 2011; CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; SL19447-2017; SL 1452-2019; SL 4360-2019.

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 las 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.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones”.

Esta postura ha sido reiterada, entre otras, en la sentencia SL1113-2022, en la cual señaló:

“Establecido lo anterior, le corresponde a la Sala dilucidar si la situación de una persona que tiene la calidad de pensionada en el RAIS puede ser reversada como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, de modo que pueda acceder a las prestaciones propias del RPMPD.

Pues bien, esta Sala es del criterio que dicha operación no es posible. No porque considere que podría generarse una explosión de demandas masivas que provoquen una crisis financiera en el sistema pensional, razonamiento desafortunado del Tribunal que contradice lo previsto en el párrafo del artículo 334 de la Constitución Política, según el cual ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su PORVENIR efectiva. Tampoco porque esta Corte considere que el hecho de reclamar y obtener la pensión en el RAIS dé por «superada la falta de información», pues la jurisprudencia laboral es pacífica en el criterio que la ineficacia no es susceptible de ser saneada o convalidada (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021 y CSJ SL5188-2021).

En realidad, el argumento central de esta Sala guarda más relación con la consecuencia práctica o, si se quiere, la imposibilidad de darle efectos a la declaratoria de ineficacia. Lo anterior puesto que, a criterio de esta Corporación, no es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), teniendo en cuenta que la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar «a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto» (CSJ SL373-2021).

(...)

Lo anterior no significa que la eventual conculcación a los derechos pensionales de los ciudadanos quede sin mecanismos de reparación. En efecto, esta Corporación ha dicho que los afectados pueden demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora de pensiones que incumplió su deber de información, a fin de que se ordene el pago «de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD. Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar (CSJ SL3535-2021)».

En lo que respecta al cambio de criterio jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1470 de 2023, en la que estudia un caso similar al que hoy nos ocupa, señaló:

“Ahora bien, debe decir la Corte que la línea de pensamiento jurisprudencial a aplicar para la solución del litigio es la actual o imperante para el momento preciso en que se define la controversia. En caso de existir posiciones anteriores revaluadas, solo tienen el carácter de criterios minoritarios o

doctrinas jurisprudenciales recogidas en razón al surgimiento de nuevas circunstancias o planteamientos que ameritaron reexaminar el tema, y que dieron lugar a considerar que jurídicamente las posturas que se venían adoptando no eran las más adecuadas a la situación o no se acompañaban con las actuales realidades”.

Si bien Sala en anteriores pronunciamientos se había apartado de la nueva postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia antes referida; haciendo un nuevo estudio del precedente jurisprudencial que hasta el momento se ha expuesto, entre otras en las sentencias SL1113-2022, SL1564-2023, SL1609-2023, SL1826-2023, SL1674-2023, SL 1803-2023, considera necesario modificar su criterio y acoger el precedente vertical establecido desde la sentencia SL 373-2021, el cual se ha mantenido invariable.

Caso concreto

Se encuentra probado que: i) El demandante se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES, en septiembre de 1976 (pdf 01Expediente fl 9 a 11 y 17, cuaderno juzgado); ii) Se trasladó al RAIS con PROTECCION S.A. el 01 de octubre de 1995 (pdf 03ContestacionProteccionYDdaReconvenc -fl 46, 48, 125, 127 a 128, 130 a 135-, cuaderno juzgado); iii) Le fue reconocida pensión en la modalidad de retiro programado a partir de mayo de 2007, con efectividad desde noviembre de 2006, (pdf 01Expediente fl 31 a 32 y 34; pdf 03ContestacionProteccionYDdaReconvenc -fl 72, 74, 75, 76 a 81, cuaderno juzgado).

Lo pretendido por la demandante es obtener la declaratoria de ineficacia del traslado y como consecuencia de ello, su retorno al RPM con el reconocimiento de pensión de vejez en este régimen, y en subsidio la reliquidación de la pensión reconocida en el RAIS. En el recurso de apelación solicita se de aplicación a las facultades *ultra* y *extra petita*, y conforme a ello, se reconozca la indemnización de perjuicios que no fue solicitada con la demanda.

Respecto a las facultades *extra* y *ultra petita*, la jurisprudencia ha precisado que estas radican en cabeza de los jueces laborales de única y de primera instancia, sin que el juez de segundo grado pueda hacer uso de ellas, y se deben cumplir dos condiciones, que los hechos hayan sido discutidos a lo largo del debate judicial, y que estén debidamente probados.

Revisado el escrito inicial, y como bien lo señala la apelante, no se solicitó el reconocimiento de indemnización de perjuicios, ninguno de los supuestos fácticos en que se fundamenta la acción hace referencia a su causación y tampoco fue un tema discutido y mucho menos probado a lo largo del proceso. Por consiguiente, no le era dado al a quo acudir a las facultades *ultra y extra petita* para el reconocimiento de la indemnización que se pretende ahora en la alzada, y mucho menos a esta Sala entrar a estudiar su procedencia, siendo que carece de dichas potestades.

Solicita también la apelante se reliquide la pensión reconocida por la administradora del RAIS, estimando que para ello se debe acudir a las normas propias del régimen de prima media.

Desde la Ley 100 de 1993 el sistema de seguridad social en pensiones se encuentra conformado por dos regímenes, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, estos tienen una estructura, organización y forma de financiamiento diferentes. Y es así como el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 establece que estos dos regímenes pensionales son excluyentes pero coexistentes.

Esta doble naturaleza implica que para el reconocimiento de las prestaciones económicas a que los afiliados tienen derecho, en el caso específico de las pensiones de vejez, cada uno de estos modelos se rige por normas propias, sin que sea posible que para el reconocimiento de una pensión de vejez en el RAIS se acuda a las normas que rigen el RPM en cuanto a la forma de calcular el IBL y la tasa de reemplazo aplicable, como lo pretende la apelante.

Por tanto, no es viable acceder a reliquidar, conforme los parámetros contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, la pensión de vejez que le fuera reconocida al actor en el RAIS en la modalidad de retiro programado, que es propia de este régimen.

Así las cosas, habrá de confirmarse la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante y en favor de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia 212 del 20 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y en favor de las demandadas. Se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (1 smlmv). Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE esta decisión por EDICTO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARY ELENA SOLARTE MELO

Con firma electrónica


ALEJANDRA MARIA ALZATE VERGARA


GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

Mary Elena Solarte Melo

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 006 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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: **1583ca745554d3a71b7c198bed1a62a8ae8b573de7df0a9a341cbfda064045b5**

Documento generado en 04/09/2023 09:17:25 AM

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