

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **GILDARDO ANTONIO AGUDELO ORTIZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la sociedad **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.) y a la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES** tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-006-2017-00719-01.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por COLPENSIONES, se procede a reconocer personería para actuar como apoderada de COLPENSIONES, a la abogada JENNY FERNANDA CORREA YEPES, portadora de la T.P. 238.719 del C.S de la judicatura.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES:

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones, y como consecuencia se condene a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez, con fundamento en el Decreto 758 de 1990 como beneficiario del régimen de transición de Art. 36 de la Ley

100 de 1993, y con base en ello, se le otorgue el incremento pensional por cónyuge e hija a cargo.

Igualmente, en la demanda se efectúa una pretensión en los siguientes términos:

“...solicito señor Juez se sirva CONDENAR al fondo de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A al pago de la indemnización por perjuicios ocasionada a mi mandante”

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata el actor que nació el 10 de junio de 1952, y que inició sus cotizaciones en el sistema general de pensiones en el RPM, en abril de 1971 y posteriormente se trasladó al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A. el 13 de julio de 1994.

Expone que es beneficiario del régimen de transición, y que la asesora de COLFONDOS S.A. solo le informó sobre los beneficios de afiliarse a dicho fondo, mas no en la forma en que obtendría la pensión de vejez en el RAIS, solo le indicaron que su prestación sería más alta en el RAIS que la que obtendría en el RPM.

Manifiesta que COLFONDOS S.A. le reconoció la pensión de vejez en modalidad de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, en cuantía equivalente al SMLMV a partir del mes de enero de 2015.

Aduce que realizó la debida reclamación administrativa ante COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó desfavorablemente las pretensiones de la demanda, declarando que la afiliación del demandante a COLFONDOS S.A. es válida, y como consecuencia absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Así mismo absolvió a COLFONDOS S.A. de la pretensión del demandante de indemnización de perjuicios, por no probarse estos.

Para arribar a dicha decisión, sostuvo la falladora que la calidad de pensionado del demandante en el RAIS, cercena toda posibilidad de declarar en su caso la ineficacia

del traslado, en atención a que la totalidad de las normas que rigen la materia hacen alusión a los afiliados y no a los pensionados.

Aduce que, la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por el apoderado del demandante, solicitándole al Tribunal la revoque, argumentando que lo que tiene que ver con la ineficacia del traslado se tiene que tener en cuenta la sentencia 32989 de 2008 por medio de la cual se crea la línea jurisprudencial en cuanto a la ineficacia del traslado, donde indica que conforme al artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 en su artículo 91 # 1, debía haber una ilustración sobre las características, condiciones de acceso a efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, así como las diferencias de cada régimen.

Indica que según sentencias SL 4360 del 2019, SL 1217 de 2021, SL 46262 de 2014 entre otras, el hecho del traslado vicia los demás actos que haya podido realizar el afiliado, o pensionado dentro del sistema, por lo que se debe entender que el hecho que le da nacimiento a los demás actos jurídicos es el traslado, es decir no puede haber cotizaciones, redención del bono pensional, ni solicitud de la pensión, si no ha existido un traslado previo, puesto que no se pueden validar unos actos posteriores que tenían como principal un acto de afiliación que nació vicio de ineficacia, porque no se llevaron a cabo los deberes de información, ordenados en la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994 en sus artículos 14, 8 y 18.

Manifiesta que según la jurisprudencia antes citada, se debe entender que está habla acerca de la carga de la prueba, en atención a la teoría de la carga dinámica de la prueba, es decir que COLFONDOS S.A. debía demostrar que efectivamente lo había hecho, como bien fue manifestado por la juez esta prueba no se vislumbró dentro del proceso, por lo que al traslado estar viciado se deben viciar también los demás actos que se llevaron a cabo con posterioridad, así mismo en el proceso no se evidencio

una vulneración o posible vulneración de derechos de terceros y muchas de los argumentos para la negativa del caso se basaron en supuestos que no se dieron por lo cual resultaría improcedente basar una sentencia en hechos que no tienen pruebas y ni siquiera acaecieron.

Expone que con el cambio jurisprudencial creado por la Sentencia SL 373 de 2021 se tiene que tener en cuenta que la aplicación de este debe ser razonable, es decir que no se puede entrar a aplica un cambio jurisprudencial en un proceso que fue radicado en 2017 por un cambio jurisprudencial que ocurrió en el año 2021 cuando ha existido una mora del aparato judicial, pues no se hubiese visto afectado el demandante por los cambios jurisprudenciales de la sentencia 0140 de 2019 que motivó el desistimiento de las pretensiones tendientes al reconocimiento de los incrementos pensionales y la sentencia SL 373 de 2021, referente a esta última providencia y como ya se manifestó en esta se indicó que no solamente quien estaba pensionado tenía un estatus consolidado, si no que se habló del principio de reparación integral que se debe entender como reparación integral al demandado no ha terceros que ni siquiera hacen parte de la litis, y que si bien la Corte establece la imposibilidad del traslado, en dicha providencia da la posibilidad en el reconocimiento de una demanda por indemnización total de perjuicios, por lo que considera que se debe analizar de forma subsidiaria, en razón a que existe la posibilidad de un resarcimiento de forma perfecta del daño causado a través de un estricto cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social que se encuentra en cabeza del fondo privado de pensiones el cual es la reiteración del derecho a la pensión.

Aduce que en materia de obligaciones contractuales, en todo contrato va envuelto una condición resolutive tacita reglada en el artículo 1546 del Código Civil, y que cuando se está en presencia de un menoscabo de un derecho como es el derecho fundamental a la seguridad social materializado en la pensión de vejez, surge imperiosa la reparación en calidad de daño abandonándose el concepto de indemnización por otro tipo de restitución cual fuera la reintegración de un derecho por uno equivalente, el cual verdaderamente restituye y maximiza la protección constitucional, por lo que en materia de un derecho de pensión de vejez esta no es una solución jurídica correcta porque deja por fuera muchas situaciones fácticas, como lo son la actualización año a año de la mesada pensional.

Indica que la mencionada solución jurídica no se encuentra de forma expresa en materia laboral o en materia de seguridad social, pero sí lo hacen otras figuras del ordenamiento jurídico, como el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, norma

que de forma supletoria dirige a otras disposiciones del ordenamiento jurídico cuando el ordenamiento laboral no prevé todas las soluciones para un problema.

Expone que por lo anterior se aparta de la decisión de la *a quo*, en el sentido de que el daño no fue determinado, y que la teoría del daño nunca habla que tiene que ser un daño determinado con exactitud, pues debe ser un daño determinado o determinable, y que en ese momento no se podía determinar cuál sería el IPC, pues este cambia de acuerdo a las fluctuaciones del mercado, por lo que no era procedente liquidarlo desde el comienzo de la presentación de la reclamación y posterior demanda, puesto que existen criterios legales como el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 20 y 12 del Decreto 758 de 1990 que indican como se debe liquidar una pensión de vejez por lo que ahí se encuentra cual es la determinación del daño.

Manifiesta que sin necesidad de demostrar la existencia de un daño y los elementos de responsabilidad civil en materia de reparación de perjuicios que quedaron más que probados con una omisión en una obligación legal de información, el nexo causal entre la falta de información y los hechos que causaron el daño, y una obligación legal que genera la antijuridicidad del daño y la determinabilidad del daño, sin embargo existe una solución que es la reintegración o reparación por medio de la tutela reparadora y la solución en el presente caso que se pretende es que la omisión en el cumplimiento los deberes contractuales los fondos privados de pensiones en la información y al encontrarse en presencia de estatus consolidado a la pensión encuentra la realización específica de la prestación en los términos agraviados por la imputación del riesgo en el traslado efectuado de forma irregular, sin que por ello requiera la demostración de su culpa o existencia de daños.

Aduce que el derecho afectado con el daño de la falta de información es la pensión de vejez en su cuantía, cuya naturaleza jurídica va ligada al derecho fundamental de la seguridad social, además de ser un derecho de tracto sucesivo, vitalicio y transferible a los beneficiarios al momento de la muerte, por lo tanto la reparación debe darse en los mismo términos característicos del derecho afectado, es decir, la reparación debe ser de tracto sucesivo pagado bajo mensualidades vitalicias y trasmisible a los beneficiarios pues al no tener esas connotaciones no se estaría en presencia de una verdadera reparación.

Indica que de ser acogidas estas argumentaciones conforme a la variación jurisprudencia que trajo la Sentencia SL 373 de 2021, solicita que se ponga a cargo de la AFP COLFONDOS S.A. la indemnización por los daños ocasionados entendida

como la reparación integral con el demandante, soportado en el artículo 2341 del Código Civil y el artículo 16 Ley 446 de 1998, artículo 283 del Código General del Proceso.

Cuenta que, en caso de absolver a COLFONDOS S.A. y dejarla sin responsabilidad cuando se concluyó que había ocurrido una omisión en la obligación de brindar información que no podía premiársele declarando la ineficacia, se le dejaría en un limbo jurídico a la demandante, cuando este no incumplió ninguna obligación y sería una decisión que atenta contra los principios generales del derecho laboral.

Por lo que solicita al tribunal revocar la sentencia proferida en primera instancia en su totalidad, ya sea atendiendo las pretensiones incoadas dentro del escrito de la demandan o aplicando las soluciones jurídicas de la Sentencia SL 373 de 2021.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados del demandante, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y de COLPENSIONES allegaron escrito de alegaciones, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

Con el propósito de que sea REVOCADA la sentencia proferida por el JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, toda vez que quedó acreditado dentro del debate procesal que COLFONDOS S.A. en contravía de los mandatos legales, vulneró el derecho de la libre elección de régimen pensional del demandante, y que se traduce a su vez en un perjuicio para mi prohijada.

Ahora bien, y con miras a complementar lo expuesto en el curso procesal, debe señalarse que existe dentro del ordenamiento jurídico, la posibilidad de un resarcimiento de forma perfecta al daño causado, a través de un estricto cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social que se encuentran en cabeza del fondo privado de pensiones, cual es la reintegración del derecho a la pensión, esto es, reintegración del daño en forma específica, que resulta del equivalente a los términos que hubiese sido otorgada la prestación en el RPMPD, con carácter vitalicio y transferible a sus beneficiarios.

Así las cosas, la tutela reintegradora del derecho subjetivo, encuentra su fundamento, cuando la intensión de la parte agraviada, en este caso, del afiliado al sistema de

seguridad social en pensiones, pretende es el cumplimiento del objeto contractual, dicho de otro modo, busca la reintegración del daño en forma específica, esto es, en el equivalente a los términos que hubiese sido otorgada la prestación en el RPMPD, con carácter vitalicio y transferible a sus beneficiarios.

Es por ello que, cuando estamos en presencia de un menoscabo a un derecho, como lo es, el derecho fundamental a la seguridad social materializado en la PENSIÓN DE VEJEZ, surge imperioso la adecuación de la REPARACIÓN a la calidad del daño, abandonando el concepto estricto de indemnización, por otro tipo de restitución, cual fuere la reintegración por un derecho equivalente, lo cual verdaderamente restituye y maximiza la protección constitucional.

Es por lo anterior, que sin necesidad de demostrar la existencia de daños, ni los elementos de la responsabilidad civil en materia de reparación de perjuicios, la solución que aquí se pretende, busca que la omisión en el cumplimiento de los deberes contractuales del fondo privado de pensiones, en materia de información, y al encontrarse en presencia del estatus consolidado a la pensión, encuentre la realización específica de la prestación en los términos agravados, por la imputación del riesgo en el traslado efectuado de forma irregular, sin que por ello requiera la demostración de su culpa ni la existencia de daños.

En efecto, la pretensión reintegradora de la prestación por el equivalente, resulta procedente cuando la prestación originaria es imposible cumplirla, máxime cuando puede afectar en el presente caso derechos de terceros, de inversionistas de la nación de aseguradoras, y no resulta plausible el retorno al RPMPD, como lo dejo sentado la corte en la sentencia SL 373 de 2021

Este método de resolución de conflictos laborales, no ha sido ajeno a nuestra jurisprudencia nacional, para el efecto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali en Audiencia de Juzgamiento N° 171 del 28 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, instaurado por ALBA MARLENY MAHECHA CUELLAR vs COLPENSIONES y COLFONDOS, luego de hacer una transcripción de la sentencia SL 373 de 2021, consideró lo siguiente:

“(…) Lo anterior, se traduce para el caso concreto en que, al ser desconocidos los artículos 271 y 272 y demás normas citadas en esta providencia por falta de información en el traslado de régimen pensional y al ser afectado el derecho fundamental a la pensión de vejez, derecho subjetivo en general, corresponde la reintegración del derecho, esto es, reconocérsele el derecho a la pensión en los términos del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida, condenándose a COLFONDOS al pago de la pensión en forma completa, con carácter vitalicio y transferible a sus beneficiarios, sin indagar sobre la triada de la responsabilidad civil: culpa, daño y relación de causalidad.

(...)

El derecho afectado con el daño de la falta de información es la pensión de vejez en su cuantía, cuya naturaleza jurídica va ligada al derecho social fundamental de la Seguridad Social, amén de ser un derecho de tracto sucesivo, vitalicio y transferible a los beneficiarios al momento de la muerte, por lo tanto, la reparación debe darse en los mismos términos característicos del derecho afectado.

Bajo las anteriores caracterizaciones la reparación debe ser de tracto sucesiva, es decir, pagada bajo mensualidades, vitalicia y transmisible a los beneficiarios, pues de no tener esas connotaciones, no estamos en presencia de una verdadera reparación.

Por las consideración esgrimidas en el curso procesal, así como por lo expuesto brevemente en los presentes alegatos, reitero la solicitud a la Sala de REVOCAR íntegramente la providencia recurrida, y en consecuencia se acojan los pedimentos de la demanda, especialmente lo referente a la indemnización de perjuicios entendida como la reintegración del derecho a la pensión, por cuanto se configuran los presupuestos de hecho, normativos y jurisprudenciales para la prosperidad de la misma, teniendo además como consecuencia la imposición de condena en costas a la entidad demandada.”

ALEGATOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Este Ministerio se opone a cualquier condena en su contra en razón a que dentro del presente asunto no existen razones fácticas ni jurídicas para que ello sea procedente al no ser esta Cartera ministerial la Entidad competente para reconocer es tipo de prestación social.

Finalmente, me opongo a cualquier condena en contra de mi representada, incluyendo las costas del proceso, en razón a que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público siempre ha actuado de buena fe.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Si bien existe una sólida línea jurisprudencial respecto a la procedencia de la declaratoria de ineficacia, lo cierto es que para el caso concreto no se encuentra probado dentro del trámite surtido que el traslado al Régimen de Ahorro Individual, realizado por el hoy demandante haya sido por falta de información o por una información insuficiente, pues como quedo establecido en la declaración rendida por este y del material documental aportado como medio de prueba, la asesora del fondo privado le suministro la información suficientes para generar un grado de confiabilidad que lo llevo a optar por la AFP privada.

Por otra parte, el demandante no puede ser trasladado nuevamente al Régimen de Prima Media con prestación definida, pues es claro que como lo manifiesta la norma, ya supero la edad permitida por la Ley para realizar el cambio de Régimen, advirtiendo además que dicha pretensión desestabilizaría el sistema financiero del régimen de prima media, pues es claro que el objeto central del presente proceso está encaminado **a declarar la ineficacia del traslado en tanto existe una inconformidad de carácter netamente financiero respecto a la mesada pensional que recibiría en uno y otro régimen**, circunstancia que no deben ser interpretadas como una falta de información o como causal para la declaración de ineficacia, ya que para la fecha de traslado le era imposible determinar al fondo de pensiones, la liquidación de la pensión del demandante.

Es claro pues, que estamos frente a un asunto que involucra una comparación netamente financiera mas no sobre la esencia que dé lugar a la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico suscrito entre el demandante y la AFP, hecho que desnaturaliza el presente proceso, pues el objeto del mismo es la protección de una expectativa pensional, el cual no está siendo negado por parte de la administradora del RAIS, pues como fue acreditado en el proceso por parte del fondo privado, actualmente el demandante cuenta con una suma ahorrada que le permite hacerse acreedor de la pensión de vejez.

Por otra parte, y conforme al artículo 167 del Código General del proceso, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias, circunstancias estas que no habilitan a que la parte demandante asuma una actitud 100% pasiva.

La Corte Constitucional ha indicado, en este sentido y en diversas providencias como en la sentencia T-122 del 2017 que nadie puede alegar su propia culpa a favor.

Teniendo en cuenta los argumentos antes esbozados, me permito insistir se proceda a **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.

No obstante, y de considerar la sala que es procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado, Solicito a la honorable Magistrada, ordene a la **AFP**; a trasladar a **COLPENSIONES** a más de lo condenado en la primera instancia, el valor del descuento al fondo de pensión de garantía mínima, cuotas de seguro previsional y todos los gastos de administración, así mismo, que dichos rublos sean indexados.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

A través de la presente acción judicial, el demandante pretende se declare la ineficacia de su afiliación al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad, ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y como consecuencia se condene a esta entidad a reconocerle la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición, de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación del DEMANDANTE, se consultará la sentencia en favor del mismo por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

A través de la presente acción judicial, el demandante pretende se declare la ineficacia de su afiliación al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad, ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y como consecuencia se condene a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición, de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

Para resolver el grado jurisdiccional de consulta, ha de señalarse en primer lugar que, como lo señaló la a quo, y lo confesó el demandante en el hecho SEXTO de la

demanda, en este asunto en particular se presenta una situación especial, referida a que al demandante se le reconoció por parte de COLFONDOS S.A., pensión de vejez en la modalidad de garantía de pensión mínima, a partir del mes de enero de 2015, en cuantía de \$644.350 equivalente a un SMLMV, situación que además se encuentra acreditada con los documentos obrantes a folios 23 y 24 del expediente.

Teniendo en cuenta lo anterior, y pese a que el despacho de primera instancia resolvió apartarse de ella, encuentra pertinente la Sala acoger, una vez más, la sentencia de unificación proferida por la Sala Especializada Laboral de este Tribunal el 14 de agosto del año 2019, en el proceso con radicado 05001-31-05-007-2015-01295-01, Magistrado ponente ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, en observación a lo previsto en el inciso último del artículo 35° del Código General del Proceso, concordante con el también último inciso del artículo 10° del Acuerdo PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017 del Consejo Superior de la Judicatura, con la que se fijó precedente judicial unificado con relación a la ineficacia del traslado de régimen de quien ostente la calidad de pensionado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, providencia en la que se anotó lo siguiente:

“Este universo fáctico descrito por la Corte no incluye a los pensionados, pues aunque una de las sentencias fundadoras de esta línea trató de un pensionado que se trasladó a PORVENIR, se trata de un caso disanalógico, no inscrito en el precedente, por cuanto se trataba de una persona expresamente excluida del régimen de ahorro individual, al tener más de 55 años a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, estando inmerso en el contenido del ordinal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993.

(...)

Pero las calidades de afiliado y pensionado ya han sido deslindadas por la Corte Constitucional, precisamente en un fallo con un claro enfoque consecuencialista. Al examinar la exequibilidad del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, que limitaba la posibilidad de los pensionados de trasladarse entre administradoras, la Corte arguyó lo que se esbozará enseguida. Esta es la disposición: Art. 107. CAMBIO DE PLAN DE CAPITALIZACIÓN O DE PENSIONES Y DE ENTIDADES ADMINISTRADORAS. Todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, o trasladarse a otra entidad administradora.

(...)

Tal como se señaló anteriormente, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 busca alcanzar al menos dos fines claramente identificables: (i) garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente de los recursos del régimen de pensiones de ahorro individual con solidaridad; y (ii) asegurar la estabilidad financiera y la rentabilidad de las inversiones de la entidad administradora o aseguradora.

Estos dos fines están estrechamente ligados a los fines constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad que orientan la prestación y ampliación de la cobertura de la seguridad social, en general, y del sistema general de pensiones, en particular. Por ello, garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente y asegurar la estabilidad y la

sostenibilidad del sistema, constituyen fines legítimos y constitucionalmente importantes en un Estado Social de Derecho como el colombiano.

(...)

Es plausible que la diferenciación de las calidades de afiliado y pensionado a partir de los argumentos que se han expuesto y de toda la legislación que claramente los diferencia, verbi gratia, los artículos 13, literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993, permita apartarse del precedente de la Sala Laboral de la Corte sobre ineficacia de la afiliación, entendiendo que se está ante universo fáctico diverso cuando se trata de ciudadanos que ya se han pensionado.

Este Tribunal, a través de su Sala Primera de Decisión Laboral, con ponencia del Magistrado Hugo Alexander Bedoya Díaz, realizó una fértil distinción entre el momento de la afiliación y aquel en que se empieza a disfrutar la pensión, que refuerza la razonabilidad del enfoque que en el caso que nos ocupa. Dice así la providencia, con radicado 00873, proferida el 18 de septiembre de 2018, que constituye un comienzo de precedente horizontal:

Ahora, retrotrayéndonos al estudio de la improcedencia de que se declare la inexistencia del traslado en este caso en particular, la sala se remite a la sentencia SL17595-2017 con radicado 46.292 MP Dr. Fernando Castillo Cadena en donde en forma concreta se dijo "... Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (...)", entendiéndose con este último aparte de la providencia que si la información exigida data desde antes de la afiliación y hasta las condiciones del disfrute de la pensión, ello implica, que una vez reconocida la pensión de vejez esa falta de información se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico adelantado por la afiliada y que corresponde a la solicitud de la pensión de vejez a la sociedad Porvenir S.A y al reconocimiento y pago de la prestación económica, pues solo tenía la posibilidad de alegar la falta de información previo al disfrute de la prestación económica y no con posterioridad a ella, como ocurre en este evento.

Por último, ha de reiterarse por esta Sala que sostener la tesis de la ineficacia de la afiliación para pensionados del régimen de ahorro individual es un camino que puede conducir a situaciones del todo insostenibles, por cuanto la consolidación de ese nuevo estatus supone en muchos casos la participación de terceros de buena fe, como cuando se ha optado por pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia y se ha contratado con una aseguradora su pago. Las palabras de la Corte Constitucional, en la mentada sentencia C-841 de 2003, acuden con autoridad para esclarecer ese reductio ad absurdum. (...)

Así mismo, ha de señalarse que, en la Sentencia de Unificación antes citada, se trae a colación, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que establece, que la obligación de la AFP no se ciñe solamente a la antesala del traslado, sino también: *"durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*, norma que permite inferir que una vez solicitada la prestación económica de vejez ante la AFP y obtenido el disfrute de la misma, la falta de información en el traslado inicial entre regímenes pensionales se refrendaría o convalidaría, ya que se trata de un nuevo acto jurídico acaecido en este caso, el 13 de enero de 2015, fecha en la cual la AFP COLFONDOS S.A. notificó al demandante sobre el reconocimiento de la pensión de vejez, tal como se deduce del documento de folios 23 del plenario, y le informó desde

ese mismo momento que su mesada pensional seria por la suma de \$3644.350 y que le cancelaria 12 mesadas pensionales al año, con un pago adicional en el mes de junio, situación que efectivamente se concretó según se advierte de los documentos obrantes a folios 23 y 24 , aspectos que no puede pasar por alto esta superioridad, pues en los documentos referenciados se plasma la voluntad del accionante de acceder a la pensión de vejez del RAIS.

En el caso del actor la pensión se financió con los ahorros existentes en la cuenta de ahorro individual y con el bono pensional negociado en el mercado secundario de valores en el mes de noviembre de 2014 como se evidencia del comprobante de liquidación de operación obrante a folio 25, suscribiendo un nuevo acto jurídico con efectos particulares y concretos, razón por la cual, una vez comenzó el disfrute pensional a partir del 13 de enero de 2015 (folio 24), el actor adquirió plenamente la calidad de pensionado, y por ende, siguiendo el criterio jurisprudencial sentado por este Tribunal se hace improcedente la declaratoria de ineficacia deprecada en la demanda.

Esta posición fijada por este Tribunal ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Corporación en reciente sentencia SL 373 de 2021, en la que abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado en el RAIS, de la siguiente manera:

“Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de COLFONDOS S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

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.”

Ahora, respecto de lo alegado por el actor, en su apelación, que el cabio de jurisprudencia, no puede perjudicar frete a un proceso que se inició cuando estaba vigente un precedente distinto, es preciso manifestar, que el precedente

jurisprudencial, tiene aplicación vinculante general e inmediata y que solo excepcionalísimamente, es posible aplicar el precedente vigente al momento de los hechos que se debate o de presentarse la demanda, pero no en aspectos sustantivos, sino procedimentales, como por ejemplo sobre reglas de competencia o del trámite que se le debía dar a la demanda, o asuntos parecidos de orden procedimental, no que en asuntos sustantivos como el de la improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando ya se haya otorgado pensión en favor del afiliado en el RAIS, no puede el juez apartarse de este nuevo precedente, contenido en una sentencia de unificación, sin que importe que él sea posterior a la fecha de prestación de la demanda.

Sobre el anterior asunto se pronunció, la Corte Constitucional en la Sentencia SU 20 de 2020, en los siguientes términos:

“93. Con relación a lo segundo, el argumento del accionante inhibe la competencia de unificación del Consejo de Estado, pues restringe su alcance a hechos futuros sin que la normativa que regula esta competencia contemple tal opción⁽¹³⁹⁾ o la jurisprudencia constitucional hubiese modulado sus efectos⁽¹⁴⁰⁾, y sin que las razones que ofrece sean suficientes.~o~

94. En tercer lugar, tal como lo ha reconocido la Sala Plena, no pueden calificarse como derechos adquiridos o expectativas legítimas aquellas pretensiones que, en algún momento, respecto de un determinado asunto, hubiesen sido amparadas por la jurisprudencia a favor de ciertos sujetos, si esta ha cambiado, máximo cuando los cambios obedecen a posturas unificadas⁽¹⁴¹⁾. Al valorar si una persona tenía derecho a que su caso se resolviera con fundamento en una jurisprudencia superada de la Corte, en la Sentencia SU-023 de 2018 se precisó:

“El accionante no tenía un derecho cierto a la reliquidación de su mesada pensional, en los términos en los que este la solicitó, pues se trataba de una mera expectativa, que en cierto momento encontró sustento en algunas sentencias de las Salas de Revisión que, posteriormente, entraron en tensión con providencias dictadas por las otras Salas de Revisión, y con otros postulados constitucionales contenidos en el Acto Legislativo 01 de 2005”⁽¹⁴²⁾.”

Así entonces, el precedente de este Tribunal y de la CSJ sobre la improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando ya se haya otorgado pensión en favor del afiliado en el RAIS, debe ser aplicado a este caso.

Finalmente, respecto del reclamo del apoderado del actor en la apelación, referente a que se debe imponer a COLFONDOS S.A. la indemnización de perjuicios ocasionados al demandante por su traslado al RAIS, sin la debida asesoría, se observa que el actor en la demanda efectúa una pretensión en contra de COLFONDOS S.A. en los siguientes términos:

“...solicito señor Juez se sirva CONDENAR al fondo de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A al pago de la indemnización por perjuicios ocasionada a mi mandante”

La referida pretensión, es una pretensión vacía, que no especifica ni en la pretensión ni en los hechos de la demanda, qué perjuicios a indemnizar son los que habría sufrido el demandante y las razones de ello, lo que se hacía absolutamente necesario que se indicara en la demanda, para que la accionada COLFONDOS S.A. pudiera ejercer sus derechos de contradicción y defensa de PROTECCIÓN S.A.

Ahora en el acápite de “FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO” en la demanda sobre la indemnización de perjuicios se anota lo siguiente:

RESPECTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS OCASIONADOS:

Es conocido que quien causa un daño debe asumirlo y repararlo más cundo las causa de este se trata de un móvil antijurídico o que el afectado no está obligado a soportar bien sea porque se trata de un daño no justificado en la ley o porque este provenga de la culpa o del dolo de un tercero, para el caso de autos podemos hablar de un dolo manifiesto en la ejecución del contrato por parte de COLFONDOS S.A., en el cual como se ya se dijo no se brindó la cierta información pues por el contrario dentro de esta asesoría – si así pudiera llamarse – el asesor del fondo privado resalto beneficios inexistente induciendo en error a mi mandante.

Es por lo anterior que el actor ha sufrido como consecuencias del engaño sufrido un sin número de daños que se identifican como lo fue descrito en los hechos de este libelo, pues ha visto retrasada su edad de descanso, ha dejado de percibir una mesada pensional que ya fue causada, fue engañada por el mismo estado lo que además viola el principio de la confianza legítima, ha visto truncados sus planes de vida pues este impase ha hecho que sus sueños y metas queden suspendidas por el hecho de la incertidumbre pensional.

Lo anterior se puede encuadrar en varias normas del código civil, normas que regulan esta materia en general al no existir fuente del derecho directa se debe suplir este vacío con el mismo ordenamiento jurídico, atendiendo además al principio de que una culpa no puede beneficiar a quien la ha creado:

Con se puede apreciar, este acápite, lo que trae son consideraciones generales sobre la obligación de repara daños cuando se han causad perjuicios, pero sin que se explique en este caso cuáles son los perjuicios causados y el nexo de causalidad que tendría con el traslado de régimen pensional.

Lo único concreto que se podría extraer del anterior párrafo es que un perjuicio que sufrió el actor, es que no pudo efectuar su retiro de la vida laboral para entrar a su

descanso laboral, dejando de percibir una mesada pensional ya causada, pero no explica cuándo habría obtenido la pensión o cuándo se habría retirado de la vida laboral por obtención de la pensión de vejez.

Y es que la fecha en que una persona quiera entrar a disfrutar de su pensión de vejez, es un asunto que pertenece al fuero interior de cada individuo, 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.

Pero es más en el presente caso, se observa que el actor cotizó al sistema pensional hasta el mes de diciembre de 2014, es decir que en el RPM el disfrute de la pensión lo habría obtenido a partir del 1 de enero de 2015, y es precisamente desde esta fecha que le fue otorgada dicha prestación en el RAIS, conforme la certificación de folio 62 de expediente digital.

Finalmente, del hecho noveno de la demanda, se podría extraer que el actor expresa que se le irrogó perjuicio moral por su traslado al RAIS, pues anota que está sumido en una constante preocupación y desazón por las condiciones desfavorables de la pensión que percibe, sin embargo, en el proceso no existe prueba que acredite algún perjuicio moral.

En razón a las consideraciones de hecho y derecho expuestas en precedencia, se confirmará en esta instancia la decisión del Juez de primera instancia de negar la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante al RAIS y por ende el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES y la indemnización de perjuicios solicitada.

COSTAS en esta instancia a cargo del DEMANDANTE por haber sido vencido en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

7. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 23 de noviembre de 2021 proferida por el JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **GILDARDO ANTONIO AGUDELO ORTIZ** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.** y la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES**, con base a las consideraciones contenidas en este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Las agencias en derecho las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en **EDICTO**.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez

Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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: **18c536e8e41e14ba01b4d743d4b7f7d090169753806b00a2dbee87dc0f62506c**

Documento generado en 16/02/2023 01:41:57 PM

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