



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: HERMES PERDOMO BOTACHE
Demandados: ACP COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 003 2019 00305 01
Sentencia: S-106

AUTO

En atención a la escritura pública 1326 del 11 de mayo de 2022 allegada al expediente, en la que se otorga poder especial para representar a PORVENIR S.A. a la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., se le reconoce personería como apoderado judicial al Dr. OCTAVIO ANDRÉS CASTILLO OCAMPO, T.P. 380.131 del C. S. de la Judicatura.

Además, en atención a la escritura pública 3374 del 2 de septiembre de 2019 allegada al expediente, en la que se otorga poder general para representar a la ACP COLPENSIONES a la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERÍA S.A.S., se le reconoce personería como apoderada judicial a la Dra. ELIANA MORENO PEDROZA, T.P. 173.191 del C. S. de la Judicatura. Y se accede a la sustitución de poder presentada por la referida apoderada, a favor de la Dra. LUISA FERNANDA SÁNCHEZ NIETO portadora de la T.P. N° 329.278 del C. S. de la Judicatura, a quien se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que la apoderada principal.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA

PÉREZ quien obra en este acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín el día 12 de mayo de 2022.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES:

HERMES PERDOMO BOTACHE demandó a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, teniéndose como válidamente afiliado al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, con la consecuente orden a los fondos privados de trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, para que se tengan como válidos e incorporados en la historia laboral. Pretende además se condene en costas a las entidades codemandadas.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 25 de marzo de 1965 y cuenta actualmente con un total de 1.367 semanas cotizadas; que ha estado en su vida laboral en el sector privado, trasladándose a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y posteriormente a PROTECCIÓN S.A. fondo en el que se encuentra actualmente; que los asesores le manifestaron que en el fondo privado obtendría una mejor pensión, podría pensionarse antes de cumplir la edad exigida por el ISS, y que la pensión sería mucho mayor, sin entregarle más información al respecto ni las consecuencias de su traslado; que elevó

derechos de petición a los fondos privados solicitando variada información, a la cual solo le dio respuesta PROTECCIÓN S.A.; que efectuados los cálculos le es más beneficioso pensionarse en el RPM; y que solicitó el traslado a COLPENSIONES, el cual fue negado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento del demandante, pero no le constan las semanas cotizadas; que es cierto que laboró para el sector privado y que se encuentra afiliado al RAIS en principio a PORVENIR S.A. y luego a PROTECCIÓN S.A.; que no le constan los demás hechos, toda vez que van dirigidos contra otras entidades; y que es cierto que elevó solicitud de traslado a COLPENSIONES, la cual fue rechazada. Se opuso además a las pretensiones por carecer de fundamentación fáctica, legal y probatoria. Como excepciones propuso falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del artículo 48 de la Constitución Política, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, proporcionalidad y ponderación, prescripción, buena fe, e imposibilidad de condena en costas.

PORVENIR S.A. en su contestación expuso que no le consta la edad como tampoco la vida laboral del demandante; que el demandante suscribió formulario de afiliación con HORIZONTE el 28 de julio de 1999; no es cierto que no se le haya brindado información al demandante, ya que esta si se dio de forma veraz y oportuna, y en cumplimiento de todas las obligaciones vigentes para la fecha; y que no le consta los hechos dirigidos en contra de terceros. Se opuso a las pretensiones al ser el traslado completamente válido. Como excepciones planteó la de prescripción, prescripción de la nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

PROTECCIÓN S.A. acepta la fecha de nacimiento del actor al igual que las semanas cotizadas; que no le consta las cotizaciones realizadas en el sector privado, ya que no tiene ninguna injerencia en ello; que es cierto que se afilió a este fondo, luego de estar en PORVENIR S.A.; que al demandante si se le brindó información clara y oportuna, ya que todos los asesores son capacitados permanentemente para brindar una correcta asesoría a los posibles afiliados, por lo que se entiende que se le suministró al demandante una información adecuada, suficiente, clara, comprensible, detallada, precisa y cierta; que es cierto que el actor elevó derecho de petición el cual fue contestado; y que no le consta los hechos que van dirigidos en contra de otras entidades. Se opuso a todas las pretensiones que involucran a este fondo, toda vez que el acto celebrado fue existente y libre de vicios. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, reconocimiento de restituciones mutuas a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional, y validez y eficacia del traslado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 12 de mayo de 2022, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, tomó las siguientes decisiones:

***“Primero:** Declarar que las AFP Porvenir S.A y Protección S.A incumplieron su obligación de diligencia debida, de buen consejo que debían desplegar hacia el señor HERMES PERDOMO BOTACHE con cedula 5886467 cuando este se trasladó del RPM al RAIS y en 1999, fecha en la que se trasladó del ISS a Horizonte S.A. y en el 2009, fecha en que se trasladó de Porvenir S.A a Protección S.A.*

***Segundo:** Declarar que las demandas AFP Porvenir S.A y Protección S.A, causaron grave perjuicio, daño o menoscabo, es decir, disminución o limitación a la seguridad social en pensiones al demandante con la falta de diligencia debida que debieron*

desplegar hacía en el momento de traslado del RPM al RAIS como se explicó en el numeral anterior.

Tercero: Declarar la responsabilidad constitucional y profesional de las demandadas Porvenir S.A. y Protección S.A. en el perjuicio, daño o menoscabo al derecho a la seguridad social del demandante.

Cuarto: Consecuencial a las anteriores declaraciones, declarar la ineficacia por inaplicación constitucional de pérdida del régimen de prima media con prestación definida acaecido en el demandante HERMES PERDOMO BOTACHE cuando este se trasladó del ISS a Porvenir S.A en 1999 y luego se afilió a Protección S.A en el año 2009 y, en su lugar declarar que este HERMES PERDOMO BOTACHE, sigue inmerso en el RPM, pero a cargo de las demandas Porvenir S.A. y Protección S.A.

Quinto: Absolver de todas las pretensiones a Colpensiones, sin perjuicio de las ordenes que enseguida se le darán.

Sexto: Consecuencialmente a las anteriores declaraciones, ordenar a la AFP Protección S.A que dentro del mes siguiente a la fecha en que el demandante lo solicite por escrito, HERMES PERDOMO BOTACHE, situación que deberá cumplir cuando cumpla los 62 años, le reconozca, liquida y pague pensión de vejez bajo el RPM.

Séptimo: Ordenar a la AFP Protección S.A que dentro del mes siguiente en que reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el RPM al demandante HERMES PERDOMO BOTACHE solicite por escrito de Colpensiones elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional. A sí mismo, se ordena a Colpensiones que, dentro de los dos meses siguientes a la fecha que lo solicite por escrito Protección S.A, elabore dicho cálculo actuarial pensional y, dentro de ese mismo lapso, lo presente por escrito a Protección S.A., a su vez Protección S.A, dentro del mes siguiente a la fecha en que le sea presentado por escrito el valor del cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional por parte de Colpensiones, proceda al pago real y efectivo este a dicha entidad Colpensiones.

Octavo: Ordenar a Protección S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial a Colpensiones, para que sea subrogada en la pensión de vejez

de HERMES PERDOMO BOTACHE, esta entidad, Protección S.A. sigue obligada a pagar la pensión de vejez bajo el RPM al demandante HERMES PERDOMO BOTACHE. Colpensiones, subrogara en la obligación a Protección S.A., desde el momento y hora que reciba el pago real y efectivo del valor del cálculo actuarial pensional.

Noveno: Autorizar a Protección S.A a recobrar de Porvenir S.A el 27% del valor del cálculo actuarial pensional. Para ello, dentro del mes siguiente en que Protección S.A. pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial a Colpensiones, elaborará escrito solicitando reembolso del 27% de Porvenir S.A. A su vez, esta última entidad Porvenir S.A., dentro del mes siguiente a la fecha, en que reciba por escrito el valor del recobro del 27% del cálculo actuarial pensional pagado por Protección S.A. a Colpensiones, procederá a dicho reembolso a Protección S.A.

Decimo: Autorizar a Protección S.A. a enjague parte del valor del cálculo actuarial pensional que acá se le ordena pagar a Colpensiones, tomando para sí, los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue a la cuenta de ahorro de este.

Décimo primero: No prospera las excepciones propuestas por las AFP demandadas, ni la de prescripción (...), ni de la ausencia de responsabilidad (...). Si prospera la excepción propuesta por Colpensiones de intransmisibilidad de responsabilidad a las AFP a dicha entidad, motivo por el cual, a Colpensiones, se absuelve de todas las pretensiones sin perjuicio de las ordenes que se le han dado.

Décimo segundo: Costas procesales a cargo de Protección S.A. Agencias en derecho a favor del demandante en la suma de \$4'00.000. Se autoriza a Protección S.A a recobrar de Porvenir S.A el 27% de las costas procesales. Para ello, dentro del mes siguiente a la fecha en que efectivamente Protección S.A. pague efectivamente las costas procesales al demandante, solicitará por escrito de Porvenir S.A el reembolso del 27% de ellas. A su vez, Porvenir S.A dentro del mes siguiente que reciba por escrito el recobro del 27% de costas procesales pagadas por dicha entidad Protección S.A. al demandante, procederá al pago de este porcentaje 27% a Protección S.A."

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con lo decidido, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** presentó recurso de apelación indicando que se debe revocar la sentencia en su totalidad, toda vez que éste no fue el fondo primigenio y la entidad ha actuado en debida forma generando con los aportes del actor rentabilidad; que no se le puede condenar a esta entidad a reconocer una pensión como si fuera en el RPM, ya que son dos regímenes diferentes, como lo expone la Ley 100 de 1993, y además si bien el actor cuenta con 1.533 semanas, no cuenta aun con la edad para obtener su pensión, como tampoco ha reclamado la misma; que debe tenerse en cuenta que el demandante interpone una demanda por una situación de favorabilidad económica, más no porque se haya omitido información alguna, acatando siempre la ley, y como tal, tampoco se puede condenar a unas costas tan altas; que de observarse una falta por parte de este fondo, solo se debe declarar la ineficacia del traslado horizontal y ordenar el traslado de los aportes de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos a COLPENSIONES, sin que se vea afectado el concepto de gastos de administración, ya que los mismos se encuentran debidamente normados en la Ley 100 de 1993.

PORVENIR S.A., en su recurso expuso que no comparte la sentencia de primera instancia, ya que el juez esta pretendiendo una consecuencia jurídica que no es procedente para las ineficacias, pues la línea jurisprudencial a partir del 2008, ha dejado en claro que lo que se debe aplicar es la figura de la ineficacia y no el de los régimen de las nulidades, menos desde el punto de vista de la inaplicación por prevalencia constitucional del derecho a la seguridad social; que la interpretación realizada por el juez va contra la sentencia SL4360 del 2019, en tanto se indicó que la consecuencia jurídica de la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto, que para este caso es dejar sin efecto esta y abordarse desde la institución de la ineficacia y no de la inexistencia de esta violación constitucional; que

al reconocerse la prestación económica como si estuviera en el RPM, es inconstitucional, y asimismo, aplicar la subrogación pensional, es imposible, ya que esta figura no fue creada para solucionar los problemas de seguridad social desde el punto de vista de las administradores de fondos de pensiones, por lo tanto debe tenerse en cuenta que el RPM y el RAIS son instituciones completamente diferentes, y el juez no puede mezclar figuras, pues está atentando contra las garantías mínimas de los afiliados del RAIS; que no es posible que el juez haga como parte de la fijación del litigio, y condena unos perjuicios que ni siquiera el demandante está pidiendo y a los que nunca se le corrieron traslado para ser discutidos, sin que se niegue las capacidades ultra y extra petita que tiene, debiendo dejar sin efectos los presuntos reconocimientos de un perjuicio que desde el punto de vista de lo que se evidenció en la sentencia de instancia no fueron probados y fueron dados de manera acomodada a este proceso por parte del juez. Y que se debe tener en cuenta que esta entidad cumplió con el deber de información, y que los gastos de administración y seguros previsionales se hicieron de manera legal, siendo autorizados por la Ley 100 de 1993, por lo que no se debe ordenar devolver estos valores.

COLPENSIONES expuso en su recurso que se debe absolver a esta entidad, ya que existe inconformidad respecto de las ordenes que se emitieron, específicamente del tema de la subrogación pensional con el propósito de que en el futuro se reconozca una prestación y se siga pagando al demandante una pensión de vejez como le fue ordenada a PROTECCIÓN S.A., toda vez que no hacen parte de las pretensiones de los hechos de la demanda, y además el actor no cumple con el requisito de la edad y de reconocerse la misma, debería pagarse a los 62 años y aún faltan 5 años para que el demandante cumpla con el requisito de edad; que teniendo en cuenta el principio de congruencia, las órdenes impartidas exceden el objeto del litigio, vulnerando el debido proceso; que comparte la declaratoria de la ineficacia, pero no está de acuerdo que esta se haga con fines de inaplicación

constitucional, ya no se demostraron con pruebas suficientes el menoscabo a la seguridad social del demandante, y si bien los perjuicios económicos que se indican dentro del proceso no son en contra de COLPENSIONES, los efectos que produce frente a la declaratoria de la ineficacia y como fue ordenada sí afecta a esta entidad, puesto que se están dando unas órdenes a afectos de que debe conmutarse las obligaciones que le fueron ordenadas a los fondos privados, lo cual resulta ser contraria a la Constitución, a la aplicación de los precedentes normativos e incluso a la misma jurisprudencia.

La parte **DEMANDANTE**, manifiesta en su apelación, que comparte la ratio decidendi de la sentencia emitida por el Juez, incluso en el tema de que los regímenes son excluyentes, la responsabilidad que tienen los fondos privados del buen consejo a los futuros afiliados, pero solicita la reactivación automática sin solución de continuidad de su vinculación al RPM, además se ordene a ambas AFP restituir lo que actualmente se encuentra consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos financieros incluyendo los valores descontados por gastos de administración y seguros previsionales durante la vigencia a la afiliación a esas AFP, los cuales debe ser recibidos por COLPENSIONES, y validarlos en la historia laboral del demandante, pero que se revoque frente a lo demás de la decisión emitida por el Juez de instancia, pero teniendo en cuenta el principio de responsabilidad de los fondos y que faltaron a su obligación de brindar una información oportuna y clara al afiliado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, el apoderado de PORVENIR S.A. manifestó que se debe revocar la sentencia de primera instancia, ya que el juez de primera instancia, desbordó los poderes extra y ultra petita, y no había razones para declarar la ineficacia, como tampoco condenar a unos perjuicios y mucho menos

reconocer un derecho pensional que apenas está en construcción; y que en caso tal de que se acceda a la ineficacia, no se deben devolver todos los emolumentos económicos, ya que el demandante no se encuentra afiliado a esta administradora. Y que, respecto a las costas, indica que siempre la entidad obró de buena fe y en cumplimiento de las disposiciones legales para la época.

Por otro lado, COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, sin embargo, el apoderado de dicha entidad no anexó la sustitución pensional enunciada en ellos, por lo que no se podrán tener en cuenta los mismos.

CONSIDERACIONES:

Según viene de verse, lo que pretende el demandante con la presente acción judicial, es que se declare ineficaz su traslado al RAIS realizado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y posteriormente a PROTECCIÓN S.A., para que, consecuentemente, se declare que su afiliación válida es la que corresponde a COLPENSIONES, con apoyo en que recibió un asesoramiento insuficiente e inadecuado por parte de los promotores de los fondos privados, dado que, al momento de tramitar el traslado, no se tuvo en cuenta su situación particular, lo que ocasionó que abandonara un régimen que claramente le era más favorable.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado plenamente acreditados, se tiene que: **i)** HERMES PERDOMO BOTACHE nació el 25 de marzo de 1965; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 1º de agosto de 1990, y comenzó a realizar cotizaciones el 1º de febrero de 1993; y **iii)** el 28 de julio de 1999 suscribió el respectivo formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., **iv)** y que posteriormente el 23 de septiembre de 2009, se trasladó a PROTECCIÓN S.A. entidad a la que actualmente se encuentra vinculado.

Se presenta como situación particular en el presente caso, que el Juez de Primera Instancia se apartó del criterio consolidado y reiterado que a propósito de la ineficacia de traslado de régimen pensional ha venido desarrollando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008.

En su lugar, consideró que en aplicación de la relatividad de los actos administrativos, COLPENSIONES es un tercero en el acto de traslado, por lo que ni legal ni constitucionalmente está obligado a responder, siendo los fondos privados los únicos garantes de las consecuencias benéficas o dañinas de dicho traslado, a más que quien genera un daño asume la obligación de responder al tener a su cabeza un encargo fiduciario que le obliga a brindar un buen consejo, por lo que al no haberse demostrado dentro del plenario que las AFP brindaron una información clara, veraz y oportuna, y al no contemplar la legislación ninguna sanción por la falta de responsabilidad de las administradoras, pero si existir un principio universal que establece que quien cause un daño debe repararlo o indemnizarlo, dispuso declarar la ineficacia por inaplicación constitucional declarando a la APF PROTECCIÓN S.A. responsable profesionalmente debiendo subrogar la prestación en COLPENSIONES, una vez esta realice el cálculo actuarial, el cual debe cubrir la actividad financiera que va a asumir COLPENSIONES.

Conviene precisar, además, que si bien el Juez consideró que la ineficacia se producía por aplicación del artículo 272 de la ley 100 de 1993 y no por violación al deber objetivo de información, lo cierto es que la Sala considera que la norma que se debe aplicar sí es el artículo 271 de la ley 100 de 1993, la que resulta suficientemente clara en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, *"La afiliación respectiva*

quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador".

Será en consecuencia bajo esa óptica que se analizará la situación, pues además así fue planteado desde el escrito de demanda teniendo como fundamento el desarrollo jurisprudencial ampliamente decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples providencias como a continuación se verá.

La diferencia jurídica que se plantea en este caso, consistente en la pretensión de la parte actora en punto que se declare ineficaz el traslado que efectuó desde el Fondo público y común administrado por el ISS, a los fondos privados de ahorro individual, fundada en una insuficiente información por parte de estas últimas entidades en cuanto a las consecuencias reales de dicha determinación, ha sido materia de múltiples decisiones judiciales orientadas desde la cúspide de la jurisdicción ordinaria laboral.

Si bien es cierto, en principio, tal traslado se hizo como producto de un concurso de voluntades entre personas plenamente capaces, no lo es menos que se presentaba una relación asimétrica en el sentido de que los Fondos privados como agentes del sector financiero de la economía, tenían, desde su creación, el deber legal de suministrarle al afiliado una explicación completa pero concreta, hecha a la medida de la situación particular del interesado, de la consecuencias del traslado y con la esencial finalidad de que este pudiese tomar una decisión informada sobre un aspecto ligado a su proyecto de vida futura.

En efecto, desde la expedición del decreto 663 de 1993¹, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el que en su Capítulo VIII incluye a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, dispuso dicha obligación en los siguientes términos:

¹ Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 *"ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero"*

*“Art 97. **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 juicio claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado.*

Por su parte, la Ley 100 de 1993 también intervino el punto, pues en su artículo 271 estableció:

*“Art. 271. **Sanciones para el Empleador.** El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor en cada caso y por cada afiliado a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*

Así mismo, importa señalar al respecto, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada, pacífica y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es un deber exigible desde su creación, advirtiendo, además, que en este tipo de casos la carga de la prueba recae sobre los fondos privados, especialmente por plantearse una afirmación indefinida como lo es el hecho que la persona afiliada no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba positiva por la cual se acredite que tal obligación sí se cumplió.

Tesis que se introdujo desde las sentencias 31.989 y 31.314, ambas del 9 de septiembre de 2008, por cuenta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyas consideraciones se han venido renovando y reiterando con el transcurso de los años a través

de múltiples pronunciamientos. Cabe destacar lo que se dijo en aquellas primeras providencias, así, en la Rad. Nº 31.989 de 2008:

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”

Del desarrollo jurisprudencial posterior se evidencian algunos ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado y que se resumen en lo siguiente:

- (i) El juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico;
- (ii) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues ello no demuestra por sí solo que se hubiere brindado una información idónea, y se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado;
- (iii) Le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado le suministró al afiliado (a) la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y

- (iv) No es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a causar el derecho para que se produzca la ineficacia del traslado.

En el presente caso, no se observan pruebas fehacientes que permitan tener por acreditado que los fondos privados brindaron, en el momento del traslado, una información integral de las condiciones subjetivas del afiliado, con explicación de las ventajas y desventajas de la reubicación entre regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que aquel pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, los Fondos privados incumplieron su deber de información, al no suministrar, de modo claro y preciso, las características, consecuencias y efectos del cambio de régimen.

Lo anterior permite dar aplicación al citado artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, *"La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador"*.

De esa manera, se declarará la ineficacia del traslado efectuado por el señor HERMES PERDOMO BOTACHE al RAIS, pero no con fundamento en la teoría de la inaplicación constitucional a la que acudió el Juez *a quo*, sino por incumplimiento al deber de información y en virtud de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien; el Juez de Primera instancia consideró además que la AFP PROTECCIÓN S.A. tenía una responsabilidad profesional que asumir, por lo que le ordenó reconocer la pensión de vejez en los términos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta tanto presentara solicitud de elaboración de cálculo actuarial con miras a subrogación pensional y procediera con su respectivo pago a

COLPENSIONES, y que posteriormente recobrara de PORVENIR S.A el 27% del valor del cálculo actuarial pensional.

Ante una decisión como la que se ha adoptado, entiende la Sala que se está vulnerando el principio de congruencia que debe existir entre la demanda y la sentencia, el cual impone a la autoridad el deber de resolver el litigio con estricta sujeción a los hechos y a las pretensiones. Si bien es cierto en ocasiones se permite al juez de instancia de fallar por fuera de lo pedido, lo que constituiría un fallo *ultra o extra petita*, para ello es necesario que se dé cumplimiento a estrictos lineamientos que en este caso no se configuran, pues ni en las pretensiones, ni en los hechos de la demanda, así como tampoco en los fundamentos de derecho, se menciona siquiera tal posibilidad y muchos menos se pretende de manera expresa el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de alguna de las entidades demandadas, por ello ni siquiera obra reclamación al respecto, por lo que en estricto sentido no existe un conflicto jurídico sobre este asunto, pues no se ha dado la oportunidad a las codemandadas de pronunciarse frente a ese tema ni surgen al interior del proceso los debates respectivos. Incluso, el demandante a la fecha no tiene acreditados los 62 años que le permitirían acceder a dicha prestación.

Es por eso que la Sala entiende que el Juez de Primera instancia ha excedido sus facultades *extra petita*, al no cumplir con los requisitos de que esos hechos extraños debieron haber sido discutidos en el proceso, garantizando el derecho de defensa y menos que fueran probados para otorgar el derecho en esas condiciones.

Por lo anterior, se **REVOCARÁ** por faltar al principio de legalidad, el reconocimiento de la pensión de vejez ordenado, así como la obligación impuesta a PROTECCIÓN S.A. de realizar el cálculo actuarial y la posterior subrogación pensional a COLPENSIONES y su eventual recobro a PORVENIR S.A., en caso de que se pudiera dar, pues no es propia esta obligación de la AFP y la normatividad especial

de seguridad social sólo consagra la misma para los empleadores que no afiliaron al sistema o fueron tardíos en hacer la afiliación.

En su lugar, se dispondrá, como efecto natural de la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado del RPM al RAIS, que PROTECCIÓN S.A. procedan a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes recibidos con ocasión de la afiliación del demandante a esta entidad, con los respectivos rendimientos financieros que se hallen en la cuenta de ahorro individual, así mismo, tanto PROTECCIÓN S.A. como PORVENIR S.A., deberán trasladar las cuotas de administración, porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y seguros previsionales, y a COLPENSIONES a recibir las anteriores sumas y reactivar la afiliación en las condiciones en que estaba hasta antes del traslado, es decir, sin que exista solución de continuidad en la afiliación.

A esa conclusión se llega teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto el estado de cosas vuelve a su situación anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

Criterio que ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la SCL de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como las ya citadas, pero con mayor énfasis en otras como la SL 4964 de 2018 o la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, rememorada en las sentencias SL 5595 de 2021 y SL 1637 del 11 de mayo de 2022, en las que dijo expresamente lo siguiente:

*“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio***

jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

(...)

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." (Resaltado por la Sala).

Todo lo anterior sin que resulte procedente la declaratoria de prescripción, toda vez que no se cumplen las condiciones para tal efecto según ha sido tratado en múltiples providencias como por ejemplo en la sentencia SL 2058 del 4 de mayo de 2022, rad. 89282:

"En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021)."

Además, tampoco puede hablarse de prescripción de los dineros descontados por concepto de cuotas de administración, seguros y reaseguros y fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que cualquier obligación que surja a cargo de las respectivas AFP, como ciertamente lo es la de restituir estos conceptos, se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de la sentencia, sumado al hecho de que tales conceptos

están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación, y en consecuencia, al estar ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidas a la prescripción.

No son más los temas para resolver. Sin costas en esta instancia.

Por 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,

R E S U E L V E:

REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Medellín el 12 de mayo de 2022 y en su lugar dispone:

1) DECLARAR la ineficacia del traslado del señor HERMES PERDOMO BOTACHE del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 28 de julio de 1999 y posteriormente a PROTECCIÓN S.A. el 23 de septiembre de 2009, por violación al deber de información;

2) ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, el valor existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, así como los rendimientos financieros y sin descontar suma alguna por cuotas de administración, porcentajes de seguros y reaseguros, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esta entidad.

3) ORDENAR a PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, las cuotas de administración, porcentajes de seguros y reaseguros,

comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esta entidad.

4) ORDENA a COLPENSIONES recibir las anteriores sumas, incluirlas en la historia laboral como semanas cotizadas y reactivar la afiliación del demandante a esa entidad, sin solución de continuidad.

Sin costas en esta instancia.

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

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

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

Francisco Arango Torres
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: **f5f7f2d81bfe956b7616a24a1fac163deaef13d181689257b9c5512a959224c0**

Documento generado en 27/04/2023 02:46:52 PM

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