



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: MARÍA EUCARIS CATAÑO CATAÑO
Demandados: ACP COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. Y
PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 003 2019 00611 01
Sentencia: S-124

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 cuatro demandadas, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín el día 08 de setiembre 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:

MARÍA EUCARIS CATAÑO CATAÑO demandó a PROTECCIÓN S.A. COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se deje sin efecto la afiliación realizada a los fondos privados, por omisión en la afiliación, teniéndose como válidamente afiliado al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad, con la consecuente orden a PORVENIR S.A. de trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual, para que se reactive su afiliación en el RPM. Pretende además se condene en costas a las entidades codemandadas.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 16 de septiembre de 1966; que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 1º de abril de 1989 hasta el mes de febrero de 1999; que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. desde el mes de marzo de 1999, luego a COLFONDOS S.A. en el mes de abril de 2001, y por último a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. desde marzo del 2004, entidad en la cual permanece; que solicitó a PORVENIR S.A. se dejar sin efecto la afiliación, por existir omisión en la información, al igual que lo hizo tanto para PROTECCIÓN S.A. como a COLFONDOS S.A. el 10 de septiembre de 2019; que solicitó el traslado a COLPENSIONES, el 29 de agosto de 2019, el cual fue rechazado; que al cumplir los 47 años de edad, no se le brindó la oportunidad de trasladarse a COLPENSIONES; y que al afiliarse a los fondos privados nunca se le informó de las consecuencias ni las diferencias de cada uno de los regímenes, no recibiendo asesoría alguna, lo cual la indujo en error.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, COLPENSIONES indicó que tiene como fecha de nacimiento el 5 de marzo de 1967 como se refleja en la historia laboral;

que es cierta la afiliación a este fondo como consta en la historia laboral; que no le consta la afiliación con los fondos privados ni la información brindada por ellos; y que es cierto que solicitó el traslado a este fondo, el cual fue rechazado. Se opuso además a las pretensiones por carecer de fundamentación fáctica, legal y probatoria. Como excepciones propuso improcedencia de declarar ineficaz o nulo la afiliación al sistema de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., falta de causa para demandar, prevalencia de la autonomía de la voluntad, prescripción, sostenibilidad y equilibrio financiero, improcedencia de condena en costas, declaratoria de otras excepciones innominadas que haya lugar, buena fe e inobservancia del artículo 48 de la Constitución Política.

PORVENIR S.A. en su contestación expuso que no le consta la edad como tampoco la afiliación al ISS o a otro fondo privado, no obstante, frente a la afiliación a este fondo, manifestó que se realizó de forma libre y voluntaria, en donde se le brindó la información clara, suficiente y veraz, materializándose el 26 de agosto de 2004. Se opuso a las pretensiones al ser el traslado completamente válido, libre y voluntario. Como excepciones planteó 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 de la actora; no le consta la afiliación al ISS por no tener injerencia alguna; y que la afiliación a este fondo privado, la cual se efectuó el 1º de marzo de 1999, fue libre y voluntaria, contrario a lo señalado por la demandante, brindándosele una clara, correcta, adecuada y suficiente información sobre la decisión tomada; y que no le consta los traslado a COLFONDOS S.A. ni a PORVENIR S.A., ni las solicitudes elevadas. 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, traslado de aportes a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR

S.A., reconocimiento de restituciones mutuas a favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional.

Por último, COLFONDOS S.A. señaló en principio que se allanaba a las pretensiones de la demanda, y solicitó al juez que se abstenga de imponer costas judiciales, al no presentar oposición alguna; no obstante, el juez no aceptó el allanamiento ordenándole a la entidad que contestara la demanda, por lo que expuso en ésta que no le constan ninguno de los hechos, advirtiéndole que la demandante se afilió a este fondo de manera libre, voluntaria e informada. Se opuso a las pretensiones que se formulen en su contra, debido a que fue la misma demandante quien se afilió a este fondo, el cual le brindó una asesoría integral y completa. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación al fondo de pensiones, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 08 de setiembre de 2022, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, tomó las siguientes decisiones:

***“Primero:** Declarar que las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., violaron la obligación constitucional de diligencia debida, de buen consejo que debían desplegar en favor de la demandante MARÍA EUCARIS CATAÑO CATAÑO, al no darle a esta información clara, oportuna, veraz y suficiente al momento del traslado del RPM al RAIS y a lo largo de la afiliación de dichas entidades. La demandante se identifica con la cédula de ciudadanía N° 39.325.320.*

***Segundo:** Declarar que las demandas AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., causaron menoscabo en la seguridad social en pensiones a la demandante, es decir causaron disminución o limitación en la mesada pensional que*

esta recibirá cuando cumpla 57 años de edad y 1.300 semanas cotizadas, tal y como quedó explicado en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero: Declarar la responsabilidad constitucional y profesional de las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. en el daño o menoscabo causado a la demandante en la seguridad social de pensiones.

Cuarto: Declarar la inaplicación constitucional de pérdida del régimen de prima media con prestación definida acaecido en la señora MARÍA EUCARIS CATAÑO CATAÑO cuando este se trasladó del RPM al RAIS en 1999 y luego cuando se trasladó entre los fondos pensionales entre sí, y en su lugar declarar que esta MARÍA EUCARIS CATAÑO CATAÑO, sigue inmersa en el RPM, pero a cargo de la AFP PORVENIR S.A.

Quinto: Absolver a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en contra de ella, sin perjuicio de las ordenes que enseguida se le darán.

Sexto: Consecuencialmente a las anteriores declaraciones, ordenar a la AFP PORVENIR S.A., que dentro del mes siguiente a la fecha en que lo solicite por escrito la demandante MARÍA EUCARIS CATAÑO CATAÑO, le reconozca, liquida y pague pensión de vejez bajo el RPM. La señora CATAÑO CATAÑO hará dicha solicitud cuando haya cumplido al menos 57 años de edad y al menos 1.300 semanas cotizadas. Y dentro dicha solicitud escrita la demandante deberá adjuntar certificado de retiro laboral.

Séptimo: Ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el RPM a la demandante MARÍA EUCARIS CATAÑO CATAÑO 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 reciba por escrito el valor, la solicitud de elaboración de cálculo actuarial pensional de PORVENIR S.A., proceda a dicho cálculo, y dentro de esos mismos dos meses, presente por escrito el valor de cálculo actuarial pensional a PORVENIR S.A. Y se ordena a PORVENIR S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito el valor del cálculo actuarial pensional proceda al pago real y efectivo de el a COLPENSIONES.

Octavo: Ordenar a PORVENIR S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial a Colpensiones, continúa obligada a pagar la pensión de vejez bajo el RPMPD a la demandante. Colpensiones, subrogara en tal obligación a PORVENIR S.A., desde el momento y hora que reciba el pago real y efectivo del valor del cálculo actuarial pensional.

Noveno: Autorizar a PORVENIR S.A. a recobrar por escrito de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., parte del cálculo actuarial pensional en el siguiente porcentaje: de PROTECCIÓN S.A. el 6% y de COLFONDOS S.A. el 10 %, para ello, dentro del mes siguiente a la fecha en que PORVENIR S.A. pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial a Colpensiones, procederá a elaborar nota escrita a dichas entidades haciendo recobro de dichas sumas de dinero y en tal porcentaje. Asimismo, se ordene a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A., que, dentro del mes siguiente a la fecha, en que se le haga dicho recobro del valor del cálculo actuarial pensional acá mencionado, procederá al pago real y efectivo de ello a PORVENIR S.A.

Decimo: Autorizar a PORVENIR 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 de la demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue a la cuenta de ahorro de la demandante.

Décimo primero: No prospera las excepciones propuestas por las AFP demandadas. Si prospera la excepción de intransmisibilidad de responsabilidad a Colpensiones.

Décimo segundo: Costas procesales a cargo de PORVENIR S.A."

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con lo decidido, el apoderado de **PORVENIR S.A.**, manifestó en su recurso que, si se cumplió con el deber de información y además se le entrego a la demandante la información necesaria obligatoria en el formulario de afiliación, el cual fue suscrito por esta de manera libre, voluntaria y sin presiones de alguna naturaleza; que el

carácter económico no debe ser tenido en cuenta, ni debe ser entendido como un engaño, para manifestar que no existió cumplimiento del deber de información; que brindar otros documentos adicionales a la suscripción del formulario de afiliación no eran una obligación para el momento en que se dio la vinculación de la demandante con esta AFP; que el buen consejo y de la buena asesoría, son obligaciones que nacen de manera posterior a la afiliación de la actora; que también se avizora un incumplimiento por parte de la demandante por cuanto no tuvo cuidado de sus propios negocios; que no se deben tener en cuenta los menoscabos y los perjuicios que sufrió la parte demandante, pues si bien los mismos se establecieron frente a las facultades extra y ultrapetita que tiene el juez, claramente hubo uso indebido de estas facultades, pues no fueron solicitados ni demostrados en el proceso; que de mantener la ineficacia no se debe condenar al traslado de gastos de administración, de prima de seguros, de aportes al fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que estos rubros ya no están en el patrimonio de esta AFP; y que no se debe condenar en costas, ya que en estos procesos no existe mayor desgaste, y además este fondo siempre actuó de buena fe e incluso generó rendimientos que hoy se ven de manera reflejados en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** en su recurso de apelación manifestó que no está de acuerdo con todo el fallo proferido y tal razón se debe revocar, ya que en este proceso lo único que se pudo evidenciar es una situación de mesadas pensionales o favorabilidad económica, mas no que este fondo haya omitido o engañado en la mesada pensional en el cambio de régimen; que se debe revisar de manera minuciosa la situación de tener que trasladar los porcentajes a PORVENIR en una situación de realizar una conmutación pensional, toda vez ambos regímenes tienen sus propias características y sus propias maneras de liquidar las mesadas pensionales; y que se debe analizar la contestación de la demanda y en su totalidad se debe revisar

el fallo que profirió el juez, para que sea revocada la decisión y se absuelva a este fondo de todas las pretensiones de la demanda.

La apoderada de **COLFONDOS S.A.**, solicitó la revocatoria total del fallo proferido, señalando que no es consonante ni guarda correspondencia con el escrito de demanda, pretensiones fijación del litigio, y, por ende, fueron vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, el derecho de defensa y el principio de congruencia; que la sentencia proferida no es acorde con lo planteado en los hechos y pretensiones de la demanda, lo que implica que el despacho excedió los límites de su competencia; que al margen de las facultades ultra y extrapetita del ordenamiento, las mismas están restringidas a que los hechos hayan sido discutidos en juicio, lo cual no sucedió en el presente caso; que si el juez declaró la ineficacia de la afiliación al RAISS, resulta ilógico que haga derivar para este fondo los efectos jurídicos que impuso como condena a la misma, pues si el acto fue ineficaz, ello significa que nunca asistió y por ende no generó ningún tipo de efecto; que no se pueden utilizar la figura de subrogación pensional, por cuanto esta se creó para las pensiones extralegales reconocidas por los empleadores a sus trabajadores por medio de convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o de forma voluntaria, aspectos fácticos que no se presentan en el caso; y que tampoco es procede la realización de un cálculo actuarial, en la medida de que no se está frente a una omisión de afiliación del trabajador al sistema de seguridad social integral, por lo que se viola el principio de inescindibilidad de la ley.

Por último, el apoderado de **COLPENSIONES**, indica en su recurso que se debe revocar los numerales cuarto, quinto, séptimo y octavo de la sentencia, ya que si bien se le protege a COLPENSIONES el recurso público con el cálculo actuarial, existe una controversia total con esta decisión, por cuanto este análisis financiero está generando un grave daño a los recursos públicos y un desequilibrio económico; que la Corte Suprema de Justicia, ya tiene un parámetro fijado de la devolución automática, y en el presente caso, la demandante tiene un capital

ahorrado muy bajo y no supera los 150 millones de pesos, por lo tanto podrá ser beneficiaria del fondo de pensión de garantía mínima, y a su vez estos dineros al momento de ser trasladados a Colpensiones, no alcanzarían a sopesar una pensión; que se debe tener en cuenta el principio de la responsabilidad, ya que al momento del traslado no se podía tener como una información fehaciente de cuál iba a ser su mesada pensional, tasa de repaso, IBL y su IBC, porque no se sabe a ciencia cierta cuales iban a ser sus aportes, al igual que al día de hoy, y que permitir esos traslados a personas que no han cumplido con los requisitos es riesgoso; que el juez yerra frente a la inaplicabilidad constitucional, por cuanto la AFP en ningún momento le está desconociendo al acceso real al sistema de seguridad en pensiones a la demandante, por el contrario lo que está inmerso son las pretensiones dinerarias, que según la parte actora, la pensión en el régimen de prima media sería alta, sin ni siquiera haber cumplido todavía con los mismos requisitos que en el RAIS, por lo que esto demuestra, que no se está violentando ningún derecho, en especial al de pensionarse; que en lo que respecta a la subrogación pensional, es permitida para Colpensiones, pero esta se da en los casos en que las empresas tenían su propio pasivo pensional a las personas que ya estaban a portas de cumplir con los requisitos para pensionarse; que se debe tener en cuenta que esta entidad no puede realizar un cálculo actuarial en una ineficacia, pues acá no hay una omisión en la afiliación; y que con estas ineficacias se está insolventando al régimen de prima media, el cual llegaría a descapitalizar.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, la apoderada de **COLPENSIONES**, expuso que se debe revocar la sentencia de primera instancia, ya que la declaración de ineficacia repercute de manera injustificada y desproporcionada en cabeza de Colpensiones, y que, en caso de confirmarse la decisión, se deben devolver todos los conceptos con la indexación de estos.

Por otro lado, COLFONDOS S.A. en sus alegatos señaló todas y cada una de las razones expuestas en la sustentación de su recurso de apelación, como es la inviabilidad de las órdenes dadas por el juez, y los efectos reales de la declaratoria de la ineficacia y las restituciones mutuas, por lo que solicita se revoque la sentencia y se absuelva a esta entidad.

CONSIDERACIONES:

Según viene de verse, lo que pretende la demandante con la presente acción judicial, es que se deje sin efecto el traslado al RAIS realizado a PROTECCIÓN S.A., y posteriormente a COLFONDOS S.A. y PORVENIR 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)** MARÍA EUCARIS CATAÑO CATAÑO nació el 16 de septiembre de 1966¹; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 31 de marzo de 1989; **iii)** el 1º de marzo de 1999² suscribió el respectivo formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A.; **iv)** posteriormente se trasladó el 09 de febrero de 2001 a COLFONDOS S.A.; **v)** y el 26 de agosto de 2004³, se trasladó nuevamente a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., entidad a la que actualmente se encuentra vinculada.

Se presenta como situación particular en el presente caso, que el Juez de Primera Instancia se apartó del criterio consolidado y reiterado que

¹ Folio 47 del expediente digital

² Folio 120 del expediente digital

³ Folio 22 del expediente digital

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 PORVENIR S.A. 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 las 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 1993⁴, 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:

*“Art 97. **Información a los usuarios.** Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información*

⁴ Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 *“ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero”*

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. N° 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 si 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 de la afiliada, 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 la señora MARÍA EUCARIS CATAÑO CATAÑO 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 PORVENIR 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 PROTECCIÓN S.A. el 6% y de COLFONDOS S.A. el 10 % 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, la demandante a la fecha no tiene acreditados los 57 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 PORVENIR S.A. de realizar el cálculo actuarial y la posterior subrogación pensional a COLPENSIONES y su eventual recobro a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS 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 PORVENIR S.A. proceda a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes recibidos con ocasión de la afiliación de la demandante a esta entidad, con los respectivos rendimientos financieros que se hallen en la cuenta de ahorro individual, así mismo, tanto PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. como el mismo PORVENIR S.A., deberán trasladar las cuotas de administración, porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, 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.

Es necesario advertir, que no es procedente la indexación según se solicita en los alegatos de conclusión presentados en esta instancia por COLPENSIONES, pues se trata de una cuestión que debió plantearse en la contestación de la demanda o cuando menos en el recurso de apelación, de manera que una decisión en tal sentido implicaría decidir más allá de lo pedido, lo que no resulta procedente en sentencias de segunda instancia.

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 08 de setiembre de 2022 y en su lugar dispone:

1) DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARÍA EUCARIS CATAÑO CATAÑO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a PORTECCIÓN S.A. el 1º de marzo de 1999, a COLFONDOS S.A. el 09 de febrero de 2001, y posteriormente a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 26 de agosto de 2004, por violación al deber de información.

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

3) ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A., que procedan a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, las cuotas de administración, porcentajes de las primas previsionales de invalidez y sobrevivencia, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a estas entidades.

4) ORDENA a COLPENSIONES recibir las anteriores sumas, incluirlas en la historia laboral como semanas cotizadas y reactivar la afiliación de la 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

Código de verificación: **f24572796578867f2dd259f307c2a0b90bb4809396f9d204d6f3660987e416d6**

Documento generado en 11/05/2023 03:08:46 PM

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