



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: CARLOS MARIO MONTOYA MEDINA
Demandados: ACP COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. Y
PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 003 2020 00296 01
Sentencia: S-240

AUTO

En atención a la escritura pública 608 del 9 de junio de 2022, el doctor JUAN PABLO SARANGO BOTERO, como representante legal en su calidad de vicepresidente jurídico y secretario general de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A., le otorga poder especial a la doctora LAURA LOPEZ ÁLVAREZ T.P. 365.499 del C. S. de la Judicatura, a quien se le reconoce personería para actuar en el presente proceso.

Y en atención a la escritura pública 1281 del 2 de junio de 2023 allegada al expediente, en la que se otorga poder general para representar a la AFP PORVENIR S.A. a la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., se le reconoce personería como apoderado judicial al Dra. KAREN SOFIA SÁNCHEZ GONZÁLEZ, T.P. 383.959 del C. S. de la Judicatura.

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 todas las demandadas**, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín el día 24 de enero de 2023.

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:

CARLOS MARIO MONTOYA MEDINA demandó a PROTECCIÓN S.A. COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia del traslado del ISS al RAIS, encontrándose válidamente afiliado al RPM, debiéndose trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro individual, como los dineros que hayan ingresado al RAIS por cotizaciones obligatorias y voluntarias sin deducción alguna, rendimientos y bonos pensionales. Además, pretende se condene a las codemandadas a las costas.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 1º de abril de 1956, que se afilió al Sistema General de Seguridad Social en diciembre de 1979, que se trasladó a PROTECCIÓN S.A en 1997, luego de que un asesor le asegurara que tenía más beneficios el fondo privado, como lo son pensionarse con menor edad, con una mesada superior, pero sin indicarle cómo se conformaba su pensión. Indica que no se le

suministró información adecuada y suficiente, como tampoco se le aclararon las ventajas y desventajas de un régimen y otro. Manifiesta que posteriormente se dio cuenta que la información que le brindaron no había sido completa, por lo que las AFP no cumplieron con su deber de información. Expone que en la actualidad cuenta con más de 1.586 semanas cotizadas; indica que nunca se le realizó una reasesoría por parte de PROTECCIÓN S.A., que solicitó ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A. la declaratoria de ineficacia del traslado, las cuales fueron negadas. Finalmente, que las proyecciones pensionales realizadas por su abogado evidencian una gran diferencia en su mesada, lo que demuestra que los traslados se dieron bajo engaños.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, COLPENSIONES indicó que es cierta la fecha de nacimiento del demandante, como su afiliación al sistema general de seguridad social en 1979, que son ciertas las solicitudes hechas a Colpensiones y Protección S.A., las que fueron negadas, como las proyecciones pensionales que se hicieron; de los demás hechos manifestó que no le constan por ser circunstancias ajenas al conocimiento de la entidad y las otras son apreciaciones subjetivas que no constituyen un hecho. Se opuso a todas las pretensiones por carecer de fundamentación fáctica y legal. Como excepciones propuso la de validez y eficacia de la afiliación al RAIS, devolución de la totalidad de los aportes debidamente indexados, prescripción, imposibilidad de condena en costas, buena fe y compensación.

PORVENIR S.A. en su contestación expuso que no es cierto que no se le haya brindado información oportuna y veraz; que tampoco es cierto que cuente con 1.586 semanas sino con 292 en este fondo; no es cierto que su traslado se dio con engaños y que los demás hechos no son ciertos por falta de técnica jurídica, toda vez que no se trata de hechos. No le constan el resto de hechos por ser ajenos a la administradora. Se opuso a todas las pretensiones y como excepciones propuso las de

prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe.

COLFONDOS S.A. expresó que no le consta ninguno de los hechos por ser situaciones con terceros ajenos a COLFONDOS S.A. Se opuso a las pretensiones. Como excepciones presentó la de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

PROTECCIÓN S.A. acepta la fecha de nacimiento del actor pero niega lo que se menciona de su traslado en la demanda, ya que lo cierto es que se trasladó al RAIS el 26 de abril de 1994 a PORVENIR S.A., luego a COLFONDOS S.A. el 21 de noviembre de 1996, regresó a PORVENIR S.A. y finalmente en 2003 se traslada a PROTECCIÓN S.A. Tampoco es cierto que PROTECCIÓN S.A. le haya brindado información errónea, pues el actor se afilió a PROTECCIÓN el 24 de abril de 2003, cuando venía de PORVENIR S.A. después de recibir una asesoría adecuada y objetiva. No es cierto que no se le haya explicado con claridad todas las características del RAIS; ni que no haya cumplido el deber de información. Indica que conforme a la historia laboral son ciertas las semanas cotizadas contando con 1.771,86 semanas; y es falso que se le debía brindar una reasesoría, ya que no era deber de PROTECCIÓN S.A. Se opuso a todas las pretensiones por estar frente a un acto existente y válido. Excepcionó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, inexistencia de la obligación de devolver comisión de administración y seguros previsionales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 24 de enero de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, tomó las siguientes decisiones:

“Primero: Declarar que las AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A faltaron a su obligación de diligencia debida, de buen consejo que debían desplegar en favor del demandante CARLOS MARIO MONTOYA MEDINA, 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. Del demandante se identifica con la cédula de ciudadanía N° 70.084.101.

Segundo: Declarar que las demandas AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A. causaron grave daño o menoscabo en la seguridad social en pensiones al demandante, cuando este cumplió 62 años a pesar de tener para fecha más de 1.500 semanas cotizadas.

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

Cuarto: Declarar la inaplicación constitucional de los efectos jurídicos de pérdida del RPM acaecido en el señor CARLOS MARIO MONTOYA MEDINA cuando se afilió a los fondos aquí demandados y en su lugar declarar que el demandante sigue inmerso en el RPM, pero a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A.

Quinto: Absolver a COLPENSIONES de todas las pretensiones, pues este es un tercero en el acto jurídico de traslado del RPM de sus afiliados son perjuicio de las ordenes que se le dará.

Sexto: Consecuencialmente a las anteriores declaraciones, ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A., liquide y pague pensión de vejez bajo el RPM al demandante CARLOS MARIO MONTOYA MEDINA desde el 1° de enero de 2022, fecha en la cual el demandante se retiró laboralmente y dejó hacer las cotizaciones, tal como lo indicó la AFP PROTECCIÓN S.A. en documento allegado al despacho.

Séptimo: Ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A que dentro del mes siguiente a la fecha en que pague pensión de vejez bajo el RPM al demandante CARLOS MARIO MONTOYA MEDIAN 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 solicite por escrito elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación de PROTECCIÓN S.A., proceda a dicho cálculo, y dentro de esos mismos dos meses, COLPENSIONES deberá presentar a PROTECCIÓN S.A. dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito el valor del cálculo actuarial pensional por COLPENSIONES, debe proceder al pago real y efectivo de este cálculo actuarial a dicha entidad.

Octavo: Ordenar a PROTECCIÓN 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 al demandante. Colpensiones, subrogara en tal obligación a PROTECCIÓN S.A., una vez le sea pagada real y efectivamente el valor del cálculo actuarial por Protección S.A.

Noveno: Autorizar a PROTECCIÓN S.A. a recobrar por escrito de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. S.A., parte del cálculo actuarial pensional en el siguiente porcentaje: de PORVENIR S.A. el 16% y de COLFONDOS S.A. el 3 %, para ello, dentro del mes siguiente a la fecha en que Protección S.A. pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial, en el porcentaje se semanas que el demandante estuvo afiliado a dichas entidades en relación con las 1,800 semanas de toda la vida laboral. Así mismo, se ordena a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que le sea recobrado los porcentajes indicados de cálculo actuarial pensional procederá al pago real y efectivo de ellos 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 del demandante.

Décimo primero: No prospera las excepciones propuestas por la demandada la AFP PROTECCIÓN S.A. Si prospera la excepción de intransmisibilidad de responsabilidad de las AFPS a Colpensiones.

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

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con lo decidido, el apoderado de **PORVENIR S.A.**, manifestó en su recurso que se debe analizar la sentencia en cuanto no se le haya entregado información al demandante, toda vez que éste, en el interrogatorio de parte, manifestó que su traslado se dio acompañado por los asesores del fondo, los cuales le brindaron las características del RAIS, cumpliendo con su deber de información conforme al Decreto 663 de 1993 y la ley 100 de 1993. Por otro lado, indica que el demandante contó con múltiples oportunidades de recibir información sobre el régimen, pues éste realizó aproximadamente 5 traslados dentro del fondo. Manifiesta que frente a las particularidades del fallo en este proceso, se debe tener en cuenta que la Sala Laboral de la Corte Suprema ha dicho como debe ser tratado este tipo de procesos y cuáles son las sanciones a los fondos privados, por lo que esta sentencia se aparta de la línea jurisprudencial, y si bien son consideraciones del juez, no está de acuerdo con este fallo en este tipo de proceso; adicionalmente, la consideración subjetiva que hace el juez para la fijación de perjuicios no se compadece con los requisitos mínimos que se debieron tener en cuenta la hora de fallar, pues primero los hechos que dieron lugar a la sentencia debieron estar probados, lo cual no sucedió en el presente proceso y mucho menos contados en la demanda, por lo que no se pudo garantizar el derecho de defensa de los fondos privados, por lo que no hay lugar a predicar que los fondos privados incumplieron con el deber de información causándole un perjuicio al actor. Indica que además se debe observar que las proyecciones pensionales que hacen los fondos privados no son hechos jurídicos consolidados pues los mismos están sujetos a variar, la misma será concreta cuando solicite el reconocimiento de la pensión de vejez, así la única forma de reparar algún daño es cuando el demandante cuente con la calidad de pensionado, por lo que debe ser revocada la sentencia. Solicitó se tenga en cuenta el principio de retroactividad y de legalidad de la norma, evaluando la conducta de PORVENIR S.A. para la fecha en la cual se dio la afiliación. Por último, manifestó que si

se mantiene en firme la decisión de primera instancia no se condene al traslado de gastos de administración y seguros previsionales, por lo que estos dineros ya cumplieron con su cometido, ni a la indexación, ya que hacerlo impondría una doble condena, y que tampoco no se imponga la condena en costas, ya que esta siempre actuó de buena fe.

La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** en su recurso de apelación solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia en su totalidad, bajo el argumento de que, reiterado el precedente de la Corte Suprema de Justicia, la consecuencia de la ineficacia del traslado de regímenes es que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes del traslado, dejando que el demandante conserve válidamente su afiliación al RPM, y PROTECCIÓN debe proceder con la devolución total a Colpensiones de los aportes durante su afiliación al RAIS, por lo tanto condenar a esta entidad a reconocer una pensión de vejez al demandante bajo la modalidad del RPM y posterior subrogación de la misma por parte de Colpensiones a título pensional, no son efectos de la declaratoria de ineficacia y del precedente ya establecido para este tipo de procesos. Así mismo expone que en la demanda ni siquiera se pretendió que PROTECCIÓN pagara pensión de vejez del demandante, responsabilidad profesional o perjuicios, por lo que el juez de primera instancia está violentando el principio de congruencia y su decisión carece de sustento normativo, pues la condena impuesta carece de previsión legal, por tanto no puede ser impuesta a la administradora generando así con la condena una carga excesiva, ilegal e inconstitucional; Indica que si bien el juez cuenta con las facultades ultra y extra petita, no es sinónimo de tomar decisiones de forma caprichosa, sino basado en los hechos probados en el proceso para garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa, que en este sentido la indemnización de perjuicios ordenada no fue una situación presentada dentro de los hechos y pretensiones de la demanda por lo que no se pudo defender de los mismos, por lo que el juez excedió las facultades que se le otorga al condenar a la administradora a reconocer y pagar pensión de vejez al demandante y demás órdenes. Ahora, en

el precedente de la Corte Suprema se señala la carga de probar el deber de información es a cargo de la AFP, pero no existe un precedente que indique que también esta invertida la carga de la prueba en cuanto al tema de perjuicios, por lo que, si el despacho consideraba la inversión de la carga de la prueba en esta pretensión, debía señalarlo así en la etapa procesal respectiva para así garantizar del derecho de defensa de Protección S.A. Por otro, la condena de reconocer unos perjuicios a favor del demandante va dirigida en favor de Colpensiones, pero el juez frente a Colpensiones no podía ejercer sus facultades extra y ultra petita, toda vez que esta entidad actúa dentro del proceso como codemandada y no como demandante, por lo que si quería reconocer este perjuicio a favor de esta entidad no lo podía hacer mediante este proceso, sino debía dirigirse a la jurisdicción si considera que cuenta con tal derecho. Manifiesta que es importante señalar frente a la obligación de aceptar la subrogación como si fuere una conmutación del cálculo actuarial frente a Colpensiones, esta solo se ajusta cuando es de una entidad empleadora a una entidad administradora de pensiones. Y que se le debe relevar de la condena en costas.

La apoderada de **COLFONDOS S.A.**, solicitó la revocatoria de las condenas impuestas en primera instancia, toda vez que no comparte las consideraciones del juez al dictar el fallo, por no tener sustento legal, constitucional o jurisprudencial, pues si bien es cierto que habló de las facultades ultra y extra petita, estas también tienen unos límites los cuales se han establecido, es decir la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda, con las excepciones que aparezcan probadas y ha sido alegada pues así lo contempla la ley. Indica que para las consecuencias de la ineficacia se deben tener en cuenta las reiteradas sentencias de la Corte Suprema, motivo por el cual solicita revocar la sentencia de manera íntegra, debiéndose examinar que si se quiere determinar un perjuicio, este debe ser determinable y en el presente caso no fue solicitado y el juez no lo puede hacer de oficio, toda vez que a quien le corresponde probar

es a la parte demandante y en este caso no se observa nexo causal, ni cuantificación por la parte demandante.

Por último, la apoderada de **COLPENSIONES**, indica en su recurso que se debe revocar el sentido del fallo, ya que es contrario a los hechos y pretensiones de la demanda, por lo que en la sentencia existe falta de congruencia en la misma, si bien Colpensiones es absuelta, y se indica en la motivación del juez que COLPENSIONES no dio una real y efectiva defensa al actor, no siendo posible que Colpensiones como entidad demandada pueda coadyuvar en estos procesos de ineficacia de traslado cuando realmente el resultado de ineficacia va en contravía de los intereses de la entidad. Que no se ha dicho reiteradamente por parte del Tribunal que este tipo de sentencias no guardan ningún tipo de relación con la declaratoria de la ineficacia. Y que si bien comparte que no puede declararse la ineficacia, toda vez que no es un derecho absoluto existiendo unas prohibiciones legales, no comparte la forma como se dio el proceso, ya que la sentencia, hechos y pretensiones no guardan relación alguna, coadyuvando a las manifestaciones de los demás apoderados de las entidades demandadas, por lo que se observa que en la demanda no se reclaman perjuicios por la falta de información, siendo además el demandante quien debía demostrar, ya que afirmar no es probar que se causó un menoscabo.

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, debiendo absolver a Colpensiones de las pretensiones de forma integral, por cuanto el deber de información o la asesoría brindada se debe evaluar según las normas vigentes al momento del traslado, por lo que no se le puede imponer obligaciones no previstos en el ordenamiento en ese momento, violando el debido proceso inclusive para Colpensiones sin haber participado en el

traslado. Y que en el caso de ser considerada la declaratoria de ineficacia, se ordene la devolución de la totalidad de aportes al RPM.

La apodera de PROTECCIÓN S.A. presentó alegatos de conclusión solicitando se revoque en su integridad el fallo de instancia, por cuanto en el caso concreto la condena impuesta por el juez de primer instancia no se ajusta el precedente de la Corte Suprema en razón a que la consecuencia de la ineficacia del traslado del traslado de régimen es que las cosas deben volver al estado en que se encontraban, ello implica que el actor conserve su afiliación al RPM, el fondo procede a la devolución a Colpensiones los aportes recibidos estando en el RAIS, por lo que condenar a PROTECCIÓN S.A. a reconocer la pensión de vejez del demandante bajo los términos del RPM y posterior subrogación por Colpensiones, no es un efecto propio de la ineficacia, adicional en la demanda no se pretende tal orden a título de responsabilidad profesional o perjuicio, por lo que se altera el principio de congruencia, por no haber sustento legal, es así como dicha condena resulta excesiva, ilegal e inconstitucional, violando el principio de sostenibilidad financiera. Y replica los demás argumentos de la apelación en lo que se refiere a los poderes extra y ultra petita del juez, y que en el evento de condenar a los perjuicios esta acción de reparación se encuentra prescrita.

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.

La apoderada de PORVENIR S.A. señaló que se debe revocar la decisión de primera instancia y no declarar la ineficacia de traslado, ya que en cuanto a la competencia extra y ultra petita del juez no son ilimitadas, repitiendo los argumentos de la apelación.

CONSIDERACIONES:

Según viene de verse, lo que pretende el demandante con la presente acción judicial, es que se deje sin efecto el traslado al RAIS realizado a PORVENIR S.A., y posteriormente a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., para que, consecuencialmente, 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)** CARLOS MARIO MONTOYA MEDINA nació el 1 de abril de 1956; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 12 de noviembre de 1979; **iii)** el 26 de abril de 1994 suscribió el respectivo formulario de afiliación a PORVENIR S.A.; **iv)** posteriormente se trasladó el 21 de noviembre de 1996 a COLFONDOS S.A.; **v)** nuevamente se trasladó el 12 marzo de 1998 a PORVENIR S.A.; **vi)** luego se trasladó a HORIZONTE S.A. el 6 de agosto de 1999; **vii)** regresó a PORVENIR S.A. el 22 de septiembre de 2000, y; **viii)** finalmente se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN 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 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 las APF PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS y PORVENIR S.A. responsables profesionalmente debiendo subrogar la prestación en COLPENSIONES, una vez PROTECCIÓN S.A. 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:

*“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:

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

*"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 el señor CARLOS MARIO MONTOYA MEDINA 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 PROTECCION 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 16% y de COLFONDOS S.A. el 3 % 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.

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. 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 PROTECCIÓN S.A. proceda 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 PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. como el mismo PROTECCIÓN 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.

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 24 de enero de 2023 y en su lugar dispone:

1) DECLARAR la ineficacia del traslado del señor CARLOS MARIO MONTOYA MEDINA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a PORVENIR S.A. el 26 de abril de 1994, a COLFONDOS S.A. el 21 de noviembre de 1996, nuevamente a PORVENIR S.A. el 12 de marzo de 1998, posteriormente a HORIZONTE S.A. el 06 de agosto de 1999, de nuevo a PORVENIR S.A. el 22 de septiembre de 2000 y finalmente a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 24 de abril de 2003, 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 las primas previsionales de invalidez y sobrevivencia, 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. 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 el demandante estuvo afiliado a estas entidades.

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: **8cd654c1dc2ff6166013db794dc8dcde25ae785f6205d77a612b9efc31c56baf**

Documento generado en 31/08/2023 02:23:35 PM

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