

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**RAD: 17001-3105-002-2019-00487-01 (16821)
DEMANDANTE: Luis Roberto Rivas Montoya
DEMANDADAS: COLPENSIONES
PROTECCIÓN S.A.
COLFONDOS S.A.**

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA DORIAN ÁLVAREZ

MANIZALES, VEINTINUEVE (29) DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

En la fecha, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede a resolver los recursos apelación interpuestos por los voceros judiciales de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. en contra de la sentencia proferida el 26 de mayo de 2021 por el Juzgado Laboral del Circuito de Descongestión de Manizales, Caldas, así como el grado jurisdiccional de consulta frente a la mencionada providencia, en favor de COLPENSIONES, en relación con las condenas adversas a sus intereses.

Previa deliberación de los Magistrados que la integran y de conformidad con el acta de discusión Nro. 121, acordaron la siguiente providencia:

1. Antecedentes relevantes.

Luis Roberto Rivas Montoya instauró demanda ordinaria de seguridad social, procurando que se declarara la ineficacia y/o nulidad del traslado que realizó desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a PROTECCIÓN S.A. y de las vinculaciones posteriores que allí tuvo. En consecuencia, solicitó que se ordenara a esta a devolver a COLPENSIONES saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y rendimientos, para que ella lo reciba de

nuevo; y todas las entidades demandadas, a cancelar las costas y agencias en derecho, y lo que se pruebe (página 10 archivo digital, 1. Expediente Digital.pdf).

Como sustento de sus pretensiones afirmó, en términos concretos, que inició sus cotizaciones al sistema pensional, en el I.S.S., en el año 1983; que en el año 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a PROTECCIÓN S.A.; que en el año 2000 se inscribió en COLFONDOS S.A. y en 2002 retornó al primer fondo; que sólo se le indicaron los beneficios del esquema privado (mesada pensional superior y a cualquier edad, y que el I.S.S. iba a desaparecer), pero que no se le suministró información adicional, como el capital necesario, y que tampoco recibió proyección pensional. Finalmente, señaló que en el año 2019 solicitó a COLPENSIONES ser afiliado a dicha entidad, pero obtuvo respuesta negativa (página 6 a 25 ibidem).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fue notificada en debida forma, pero guardó silencio (página 217 y 218 ib.).

PROTECCIÓN S.A. dio respuesta a la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones. Indicó fundamentalmente que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, sin configurar un vicio del consentimiento y que por ello el acto sí existió; que para la época del traslado no era exigible doble asesoría, ni lo contemplado en las Leyes 1328 de 2009, 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y la Circular 016 de 2016, por cuanto el único requisito era establecer información clara y precisa sobre los regímenes pensionales; que no existe nulidad absoluta del contrato; que sus actuaciones estuvieron revestidas de buena fe; que sus asesores están capacitados y brindan una asesoría suficiente.

Por otra parte, expuso que el actor no hizo uso de su derecho de retracto, ni se trasladó en los términos de la Ley 797 de 2003; que la diferencia que pueda existir hoy en día entre las mesadas pensionales de ambos regímenes no constituye una falta de información, vicio del consentimiento o causal de ineficacia; que existe responsabilidad compartida en la adquisición de productos financieros; que la ignorancia

de la Ley no sirve de excusa y menos cuando el actor ha permanecido veinticinco (25) años en diferentes A.F.P., lo que implica que conoce las condiciones del R.A.I.S. Finalizó insistiendo en que nadie puede alegar a favor su propia culpa y que el asunto se encuentra prescrito.

Invocó como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; innominada o genérica (página 271 a 311 ibidem).

COLPENSIONES replicó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones, señalando que el traslado de régimen es potestad exclusiva del afiliado; que el actor se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Sobre la condena en costas, expresó que su actuar no ha sido negligente pues no le adeuda suma de dinero y la negativa a su afiliación se basó en una preceptiva legal. Por el contrario, solicitó que se condene en costas y agencias en derecho al demandante. Invocó las excepciones de fondo que denominó: inexistencia de la obligación, excepción de buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones, excepción de innominada y prescripción (páginas 1 a 15 archivo digital, 1.4 CONTESTACION COLPENSIONES.pdf).

COLFONDOS S.A., a su turno, se opuso a las pretensiones, y explicó principalmente que la afiliación del señor Rivas Montoya fue totalmente válida ya que se realizó con el lleno de requisitos legales, de manera libre y voluntaria; que ha cotizado durante más de veintiún (21) años en el esquema privado de pensiones; que no existe vicio del consentimiento en el negocio jurídico por cuanto se realizó con la información necesaria para trasladarse. Por otra parte, refirió que los asesores comerciales de dicho fondo cuentan con las capacidades y herramientas necesarias para dar a entender a sus potenciales clientes las características propias del R.A.I.S.; y que el formulario cumplía con los requisitos legales del Decreto 692 de 1994.

Adujo como medios de defensa: validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; inexistencia de vicios en el

consentimiento; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; prescripción y la genérica. (páginas 445 a 461 archivo 1. Expediente Digital.pdf).

El Juzgado de primera instancia profirió sentencia en la cual declaró no probadas las excepciones de mérito y que el traslado efectuado al R.A.I.S. fue ineficaz. Ordenó a COLFONDOS S.A. –en caso de no haberlo hecho- y a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes de la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos financieros, los aportes destinados para garantía de pensión mínima, las cuotas de administración, las comisiones, la prima de reaseguros de FOGAFÍN y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, últimos cuatro con cargo a los recursos propios. Ordenó la indexación de los créditos. Declaró además que el actor perteneció a COLPENSIONES desde el 30 de diciembre de 1986. Condenó en costas solamente a PROTECCIÓN S.A.

Para arribar a tal conclusión, argumentó fundamentalmente que la administradora privada inicial debe demostrar que dio una información suficiente y oportuna acerca de las condiciones, riesgos y consecuencias del traslado, lo cual no ocurrió, de acuerdo a las pruebas; que hubo un cambio horizontal, el cual no puede subsanar la omisión primigenia; que los efectos de la ineficacia consisten en retrotraer las cosas al estado previo a haber celebrado el acto ineficaz, por lo que ordenó devolver los conceptos enunciados; y que la acción es imprescriptible, al ser un asunto declarativo (min. 00:47:29 a 01:15:19, audiencia artículo 80 C.P.T.S.S.).

COLPENSIONES apeló el primer fallo, señalando que al demandante no le asiste derecho alguno, pues se logró avizorar que en ningún momento hubo una obligación de afiliarse al fondo privado, sino que la decisión de trasladarse fue válida, espontánea, libre y sin que se viera restringido el consentimiento; que permaneció en el R.A.I.S. por un tiempo prolongado y tampoco solicitó algún tipo de información al I.S.S. o a esa entidad (min. 01:15:40 a 01:17:10, video ib.).

PROTECCIÓN S.A., también apeló el fallo en comento. Resaltó la efectividad o valor probatorio del formulario de afiliación o vinculación

conforme al artículo 244 del Código General del Proceso, artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, pues para la época la información que se transmitía era de manera verbal y constituía el requisito principal; que debe recordarse la prohibición legal del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en la que está inmerso el demandante. Insistió en los actos de relacionamiento, en el sentido de que él permaneció durante más de veinte años afiliado al R.A.I.S. e incluso tuvo traslados entre dos A.F.P. y en ningún momento se percató o se preguntó si podría resolver su situación pensional, lo cual sólo ocurrió cuando ya le faltaba muy poco tiempo. Así mismo, puso de presente la Ley 1328 de 2009, en su artículo 6° que contiene unas buenas practicas del consumidor financiero, recordando que los fondos son entidades que administran recursos del sistema pensional, teniendo el afiliado o consumidor deberes y responsabilidades de cara a ella.

Solicitó que se revocara lo referente a la devolución de gastos de administración, primas de seguros y montos del fondo de garantía de pensión mínima, y la condena en costas; que el artículo 60 de la Ley 100 de 1993 establece que en el R.A.I.S. una parte del ahorro se debe destinar a pago de primas, otra a financiar fondo de solidaridad pensional y la restante a cubrir gastos de administración; que desde un inicio el legislador otorgó un porcentaje preciso a cada rubro.

Expuso que retornar los gastos de administración con cargo a las utilidades propias, constituye una remuneración injustificada para la parte demandante, debido a que las gestiones desarrolladas por ella, que generaron rendimientos financieros, los cuales no van a ser reconocidos por nadie; que más allá de que nos encontremos ante la ficción de un negocio jurídico, la verdad es que tales consecuencias sí existen; que si bien la jurisprudencia ha tomado mano del artículo 1746 del Código Civil para el caso, no aplica por analogía a la ineficacia, pues regula la nulidad y entre normas sancionatorias no existe esta figura interpretativa, pues la ineficacia solo hace referencia al Código de Comercio, vulnerándose el principio de que nadie puede ser condenado sin pena previa; que la remuneración por tales gastos está autorizada y entraron a su patrimonio vía legal, más allá del futuro del negocio jurídico.

Dijo que las primas de seguro fueron válida y legalmente devengadas por terceros de buena fe, que no han sido partícipes, ni han sido tenidos en cuenta para la resolución del caso, desconociéndoles lo que válidamente se han ganado por un negocio legal en el que han participado; que ella no debe reconocer esos dineros, pues hay entidades que los recibieron legítimamente; que está imposibilitada para recobrarlos y, por ello, si el Tribunal deja en firme el traslado, tendría que asumirlos con sus recursos propios, lo que sería enriquecimiento sin causa para el demandante y del régimen de prima media y una vulneración a su derecho a la igualdad, así como desajustaría aún más la estabilidad financiera del sistema pensional pues desde el R.A.I.S., en el que él estuvo por más de 20 años, se han dispuesto los porcentajes que la Ley contempla para los gastos de administración, primas de aseguramiento y fondo de pensión mínima y que esos gastos no han sido previstos en el R.P.M.P.D., donde las pensiones actuales se financian con los aportes de los afiliados, sin que haya un rendimiento como en los mercados financieros.

Relató que sobre el aporte al fondo de garantía de pensión mínima, el porcentaje de la cotización (Ley 100 de 1993) ha entrado a un patrimonio autónomo, ajeno a sus designios, por lo que su devolución es de imposible cumplimiento y nadie está obligado a ello; que se requeriría integrar a la litis a las aseguradoras, al Ministerio de Hacienda y a FOGAFÍN, pues se estarían condenando a las finanzas públicas, frente el interés particular.

Argumentó que en el tiempo en que el petente ha estado afiliado al fondo, este ha gestionado su dinero con la mayor diligencia, lo que se constata con los rendimientos; que contempladas las restituciones mutuas del artículo 1746 del Código Civil, aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se materialice la ficción de que no existió contrato de afiliación entre el demandante y PROTECCIÓN S.A., no se puede desconocer que se produjeron unos frutos y rendimientos financieros, producto de la buena gestión que como entidad del sistema de seguridad social le asiste, que la A.F.P. debe conservar; que reconocer esas sumas por parte del fondo sería como reconocer una póliza sin que hubiese siniestro.

Concluyó que no debe pagar costas, pues no cuenta con un soporte legal que le permita hacer traslados vía administrativa cuando falten menos de diez (10) años para adquirir el derecho pensional, salvo la aplicación de los supuestos de la sentencia SU-062-2010, por lo que los afiliados deben acudir a la jurisdicción para que esta evalúe con detenimiento el asunto (min. 01:17:16 a 01:25:33, video ib.).

COLFONDOS S.A. apeló el fallo respecto a la orden que se le impartió de devolver sumas de dinero, en caso de no haber sido trasladadas a PROTECCIÓN S.A. Sobre el particular refirió que sirvió de sustento al ordenamiento que hizo el despacho la teoría de que el negocio jurídico transgredió preceptos legales y de que por esta razón se deben devolver dineros con cargo a sus propios recursos, pero el acto entre el demandante y COLFONDOS S.A. no transgredió norma alguna, toda vez que se encontraba válidamente afiliado al régimen y se trataba simplemente un traslado horizontal, por lo que no puede decirse que la A.F.P. transgredió el acuerdo jurídico; que la declaratoria de ineficacia está operando gracias a las posturas que asumió la Corte Suprema de Justicia con base en la teoría del consentimiento informado y que por ello no puede argumentarse que hay transgresión del contrato cuando las se basan en aquella jurisprudencia.

Reiteró que no podrá haber condena a la devolución de dinero a COLPENSIONES con cargo a COLFONDOS S.A. porque los mismos fueron debidamente causados bajo a la existencia del negocio jurídico, rubros que fueron bien recibidos acorde con las competencias que la Ley 100 de 1993 les da a los fondos, pues son características propias del R.A.I.S. Concluyó señalando que ese tipo de condenas atentan contra el equilibrio financiero de ese esquema pensional (min. 01:25:40 a 01:28:36, video ib.).

Igualmente, se conocerá el asunto en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en los aspectos de la sentencia que le resultaron desfavorables y que no fueron apelados.

2. Trámite de segunda instancia.

Atendiendo a lo dispuesto el 4 de junio de 2020 por parte del Gobierno Nacional mediante el Decreto 806, vigente a partir de esa fecha, el cual, en su artículo 15 reguló el procedimiento de la apelación y de la consulta en materia laboral. A través de auto del 4 de junio de 2021 se admitieron los recursos de alzada presentados, así como el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de COLPENSIONES.

2.1. Alegatos de conclusión.

La parte demandante expresó que las pruebas presentadas en el proceso dan plena validez y respaldan la providencia de primera instancia, en la que se valoraron la pruebas, evidenciándose la falta de asesorías al momento del traslado de régimen.

PROTECCIÓN S.A. indicó que actuó de buena fe, brindando la información idónea y necesaria que se requería para la época; que coexisten dos regímenes, los cuales, si bien están diseñados para otorgar pensiones, las ofrecen con el lleno de condiciones y beneficios anexos disímiles, que no permiten bajo ninguna circunstancia señalar al uno como mejor o peor que el otro.

Reflexionó que el literal b) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 establece que, en el Régimen de Ahorro Individual, una parte del ahorro irá destinada al pago de primas de seguros, financiar el fondo de solidaridad pensional, cubrir los gastos de administración, entre otros; que “devolver los gastos, con cargo a las utilidades, constituye una sobre remuneración injustificada puesto que las gestiones de administración, en efecto, generaron unos rendimientos financieros que no van a ser reconocidos por nadie y, más ante la ficción jurídica de la afiliación que se declara nunca haber existido. Sin embargo, tales consecuencias si existen y deben ser reconocidas por alguien”; que con ello se viola el principio según el cual nadie puede ser condenado sin “pena previa”; que el artículo 1746 C.C. no puede aplicarse por analogía.

Agregó que “Respecto a las primas de seguro, que valida y legalmente fueron devengadas por terceros de buena fe – entidades del sistema financiero --, que no han sido participes (sic) ni han sido tenidas en cuenta para la resolución del presente y que en tal medida se les está desconociendo lo que válidamente se han ganado conforme a la afiliación válida y legítima de la (sic) aquí demandante”; que asumirlo con cargo a su propio patrimonio constituirá un enriquecimiento sin causa justa alguna en favor del demandante y el Régimen de Prima Media, y una vulneración al derecho a la igualdad.

Manifestó que “referente al Fondo de Pensión Mínima, es de advertir que dicho porcentaje del aporte – conforme a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993—ha entrado a ser parte de un patrimonio autónomo, ajeno a los designios de Protección S.A., por lo que tal orden resultaría de imposible cumplimiento”;; que requeriría vincularse a las entidades aseguradoras encargadas de los servicios financieros, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al FOGAFÍN; y que en el régimen de prima media no se contemplan tales prestaciones, por lo que con las órdenes impuestas se está agravando la desfinanciación del sistema; y que la condena en costas es improcedente.

Las demás codemandadas no presentaron alegatos.

Estudiado el cumplimiento de los presupuestos procesales y, además, verificada la ausencia de causales de nulidad aparentes por declarar, entra la Sala a determinar los siguientes:

3. Problemas jurídicos.

Respecto a los recursos de apelación, se debe determinar si es procedente decretar la ineficacia del traslado del demandante desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad; y si, en consecuencia, son ajustadas a derecho las órdenes impartidas a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A. de trasladar a COLPENSIONES los conceptos aludidos en la sentencia. También se revisará si había lugar a imponerle costas a PROTECCIÓN S.A. En lo

concerniente al grado jurisdiccional de consulta, se debe establecer si las excepciones de mérito invocadas por COLPENSIONES tenían vocación de prosperidad. Por razones metodológicas, se estudiarán en primer lugar las apelaciones.

4. Consideraciones de la Sala.

4.1. Recursos de apelación.

La Sala debe precisar sobre la restricción de la Ley 797 de 2003 para que el afiliado realice el traslado, aludida por PROTECCIÓN S.A., que se discute la ineficacia de la inscripción que realizó el demandante al R.A.I.S., no una solicitud de modificación de régimen, que tiene requisitos diferentes y consecuencias distintas de aquel.

Está acreditado que el señor Luis Roberto Rivas Montoya: (i) estuvo vinculado en el I.S.S. (pensiones), hoy COLPENSIONES, desde 1986, situación acreditada de folios 133 a 136 y 349 a 351, en la historia laboral del expediente administrativo y admitida por esa administradora en la contestación a la demanda-; (ii) se trasladó en el año 1994 al R.A.I.S., a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., asunto aceptado en la réplica de ella a la demanda y que se corrobora con la documental de páginas 137 y 417 del archivo 1. Expediente Digital.pdf.; (iii) en el año 2000 efectuó un cambio horizontal a COLFONDOS S.A. y en 2002 retornó a PROTECCIÓN S.A., conforme las documentales visibles en las páginas 141, 143, 345 a 347 y 417 ibidem; (iv) para el año 2015 suscribió un documento de re-asesoría pensional a cargo de PROTECCIÓN S.A.; y (v) presentó petición a COLPENSIONES solicitando la vinculación a ella, sin obtener respuesta favorable –acreditado de la página 197 a 209 ib. y dentro del expediente administrativo-.

La Corte Suprema de Justicia, sobre la posibilidad de dejar sin efectos el traslado que haga una persona de un régimen pensional a otro, ha indicado que las administradoras deben garantizar que aquel sea producto de una “decisión informada”, autónoma y consciente, en la cual el potencial usuario sea enterado de las reglas y condiciones de los

esquemas y conozca no sólo los beneficios, sino también los riesgos y desventajas; lo cual permite estimar la validez del cambio. Ha referido que la prueba del cumplimiento del deber de información le corresponde al fondo, pues es quien tenía la obligación de efectuar las acciones de orientación. Invertir la carga probatoria contra la parte débil de la relación contractual sería un despropósito (CSJ SL 31989 y la 31314 del 9 sept. 2008, CSJ SL12136-2014, CSJ SL1421 y CSJ SL1452 de 2019, y CSJ SL2611, CSJ SL4373 y CSJ SL4806-2020, entre otras).

En este sentido, no son atendibles los argumentos empleados por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con los que pretendían censurar que el usuario no hubiera cumplido unos supuestos deberes de haber pedido asesorías, aclaración de dudas o acatado las "buenas prácticas" del consumidor financiero según la Ley 1328 de 2009, porque desconocen la responsabilidad que a los fondos privados les es propia, ya que era a ellos a quienes correspondía brindar la información a sus potenciales afiliados de forma previa al traslado de régimen, por lo que no interesa en este punto la actitud que haya desplegado el actor.

Ahora, de los medios de prueba reseñados no puede deducirse que en los momentos previos al cambio se le hubiera suministrado al señor Rivas Montoya información suficiente en torno a los aspectos a favor y en contra de ambos regímenes. La firma del formulario pre-impreso de vinculación a PROTECCIÓN S.A., a diferencia de lo considerado por ésta última, y sin que se esté desconociendo su presunción de autenticidad (artículo 244 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social), es exigua para dar por demostrado el cumplimiento de aquel deber, no teniendo relevancia la afirmación de haberse inscrito libremente y sin presiones, pues se trata de circunstancias independientes, motivo por el cual tampoco es atendible el reparo de COLPENSIONES en cuanto a que no fue obligado a suscribir el contrato.

En el interrogatorio, el accionante únicamente refirió, en relación con el punto que se examina, que le fue recomendado y solicitado el traslado por parte de su empleador, bajo el argumento que el I.S.S. se iba a

acabar; que ese trámite de afiliación a PROTECCIÓN S.A. lo hizo la jefa de personal de la empresa, más no algún asesor de la A.F.P.; que esa misma dinámica se repitió en sus traslados horizontales; y que en el año 2015 tuvo una re-asesoría donde le comunicaron las edades de pensión y que era mejor continuar en el R.A.I.S.

Es necesario destacar que la re-asesoría del año 2015 y la proyección pensional del año 2019, efectuadas por PROTECCIÓN S.A., visibles de páginas 145 a 151, 377 a 379 y 401 a 405 del archivo 1, expediente digital, tampoco pueden llevar a concluir que el fondo satisfizo el deber de asesoría, que fueron realizadas luego de años de haber estado el accionante vinculado al R.A.I.S., no pudiendo convalidar las falencias informativas que se presentaron de tiempo atrás (CSJ SL1688-2019), aunado a que de la primera no hay constancia de qué fue lo que real y concretamente se le informó a éste, más allá de la última fecha de que disponía para retornar a prima media y en la segunda se limitó a indicarle el monto de una eventual mesada dentro del modelo privado.

Ni de la demanda ni de las demás documentales que reposan en el expediente es posible desprender confesión.

No es posible alegar que existe una manifestación libre y voluntaria en la elección de régimen cuando la persona desconocía las consecuencias que ésta pudiera tener. Debe recordarse que los fondos contaban con la obligación de obtener el consentimiento informado, de acuerdo con el momento histórico en que había de cumplirse el cambio de esquema pensional. En otras palabras: "(...) las A.F.P., desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible» (CSJ SL1688-2019). Por lo tanto, no son ciertas las alegaciones de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. de que está probado que hubiesen cumplido con las cargas de la época. No se está exigiendo cumplimiento de requisitos retroactivos, ni que hubiese prueba escrita de la asesoría, pues, como dijo PROTECCIÓN S.A., esta podía ser verbal, pero tampoco se acreditó que se hubiese suministrado de ese modo.

Tampoco es de recibo el argumento utilizado por PROTECCIÓN S.A., en el sentido de que los traslados del actor entre fondos o la permanencia por varios años en el R.A.I.S. deben entenderse como actos de relacionamiento, que constituyen una ratificación de la vinculación al modelo privado. Sin desconocer lo dicho por una Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL3752-2020, este Tribunal acoge la línea jurisprudencial de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que los cambios entre administradoras no tienen vocación de convalidar la ineficacia de la afiliación inicial (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 y CSJ SL2877-2020). Es que si hubo omisión de asesoría, la decisión de la persona estuvo viciada desde el momento mismo de iniciar su pertenencia al esquema privado, al no ser consciente de las reales implicaciones del cambio, lo que necesariamente ha de afectar lo sucedido con posterioridad. Argumentación que aplica plenamente a la circunstancia de haber estado en el R.A.I.S. por muchos años, lo cual también había sido traído a colación por COLPENSIONES.

En conclusión, al no existir prueba de asesoría suficiente por parte del fondo inicial del R.A.I.S. al actor Luis Roberto Rivas Montoya, no es dable a la Colegiatura tener por acreditado el consentimiento informado que permitiese considerar eficaz el traslado de régimen. No es posible modificar la orden de que COLPENSIONES acoja al aludido señor en prima media, como quiera que en su momento estuvo afiliado al I.S.S., entidad que ella reemplazó, siendo la que actualmente lo gestiona.

PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. plantearon inconformidad respecto de la orden de trasladar a COLPENSIONES dineros diferentes a los aportes pensionales del actor que estén en la cuenta de ahorro individual. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL4360-2019, ya orientó que: "cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás" (CSJ

SC3201-2018). En ese sentido, e independientemente de que el Código de Comercio regule una forma de ineficacia, la Sala, acogiendo la interpretación de su superior jerárquico, considera que el artículo 1746 del Código Civil sí es aplicable a los casos de ineficacia, lo que implica que no se está vulnerando el principio según el cual nadie puede ser condenado sin una Ley preexistente.

Como ha de entenderse que el acto ineficaz nunca existió, ello no puede implicar solamente la devolución de los aportes que reposen en la cuenta de ahorro individual, sino que debe extenderse a los demás efectos que tal vinculación irregular generó, como se ha indicado en sentencias CSJ SL3464-2019 y CSJ SL2877-2020; teniendo en cuenta además que no podrían asignársele al fondo público efectos como la des-financiación del capital (CSJ SL4933-2019) y que estos recursos siempre han debido ingresar al R.P.M.P.D. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964 y CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421 y CSJSL1688-2019). Así, independientemente de que con los gastos de administración y comisiones se pretendía retribuirles a los fondos la gestión de los recursos a su cargo y de que sean rubros autorizados por el sistema normativo, la ineficacia implica que sea una vinculación jurídica anómala que no debió surtir efectos, de modo que no les genera el derecho de conservarlos y el desembolso respectivo a un tercero no puede estimarse como un enriquecimiento sin justa causa.

Los argumentos esbozados previamente en torno a los efectos de la ineficacia del traslado aplican igualmente para la devolución de los dineros aportados por primas de reaseguro de FOGAFÍN y de seguros de invalidez y sobrevivientes (artículo 7° de la Ley 797 de 2003), porque las circunstancias de que antiguamente fueran devengadas legalmente por aseguradoras o que no hayan sido previstas en el régimen de prima media no implica que tales sumas no puedan ser objeto de devolución tras la declaratoria de ineficacia. Por el contrario, como se ha expuesto, ello es su consecuencia connatural.

Y es que PROTECCIÓN S.A. debe asumirlos con cargo a sus propios recursos, toda vez que, se insiste, fue su omisión en el cumplimiento de

deberes legales lo que condujo a que el traslado careciera de eficacia, por lo que no puede aducirse por ella como una vulneración a su derecho a la igualdad, como un enriquecimiento injustificado para el demandante o para el régimen de prima media, ni como un desajuste a la estabilidad financiera del sistema. No se está discutiendo la buena fe de las aseguradoras. De hecho, la condena fue impartida exclusivamente a los fondos, no a aquellas.

La condena a retornar los aportes para garantía de pensión mínima también fue controvertida por PROTECCIÓN S.A., en el sentido de que ellos han ingresado a un patrimonio autónomo, sobre el cual no tenía injerencia, por lo que, a su entender, se hacía imposible cumplir con la orden. No obstante, en sentencia CSJ SL2877-2020, la jurisprudencia especializada aclaró que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 previó la creación de un fondo de solidaridad pensional, pero esa norma fue declarada inexecutable mediante sentencia CC C-794-2004, "(...) pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración". En ese caso, ante tales consideraciones, se ordenó al fondo el retorno de tales cotizaciones, lo cual se comparte para el presente litigio.

En virtud de los argumentos expuestos, según los cuales es a los fondos privados de pensiones a quienes corresponde asumir los efectos de la ineficacia del traslado de régimen decretados en la sentencia de primera instancia, es que tampoco se considera procedente el reparo según el cual debía integrarse al litigio a las aseguradoras, al Ministerio de Hacienda y a FOGAFÍN, máxime cuando no es cierto que se esté condenando a las finanzas públicas, como pretendió aducir PROTECCIÓN S.A.

Finalmente, ese fondo se opuso a la condena en costas, empleando argumentos que olvidan que el artículo 365 del C.G.P., aplicable al contencioso laboral de conformidad con el artículo 145 del C.P.T.S.S., establece un criterio objetivo para su imposición, sin que le sea dable al interprete incluir otros factores de orden subjetivo.

Frente a los restantes reparos esgrimidos por COLFONDOS S.A., ha de indicarse que si bien es cierto que ella no fue quien causó directamente la ineficacia, resulta cobijada por tal circunstancia, pues en sentencia CSJ SL2877-2020 la jurisprudencia orientó que la declaratoria de aquella figura jurídica abarca a todas las entidades en las que estuvo vinculada la persona, frente a lo cual no resulta eximente válido la supuesta afectación al equilibrio financiero de ese esquema pensional, por las razones antedichas, relativas a los efectos propios de la declaratoria de ineficacia. En suma, no prosperan las alzadas interpuestas por las accionadas.

4.2. Grado jurisdiccional de consulta.

En el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se advierte que las excepciones propuestas en su contestación no están llamadas a prosperar, pues parten de los supuestos que la afiliación fue eficaz y que ahora el peticionario no puede retornar al régimen inicial, lo cual va en contravía de lo concluido con antelación. La buena fe tampoco es argumento suficiente para dejar de tomar las decisiones referidas, ya que pendían del cumplimiento de requisitos legales, a más que tal medio exceptivo no fue demostrado. La de prescripción tampoco se declarará, por cuanto la jurisprudencia especializada, en sentencia CSJ SL1688-2019, ha decantado que la acción en estos casos es imprescriptible, pues, entre otras razones, se trata de constatar un hecho o estado jurídico surgido con anterioridad al inicio del litigio, del que penden consecuencias legales.

En razón de lo argumentado, se confirmará la primera sentencia. Se impondrán costas de segundo nivel a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., en favor del reclamante, por no haber prosperado sus recursos de apelación. El grado jurisdiccional no genera costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de mayo de 2021 por el Juzgado Laboral del Circuito de Descongestión de Manizales, Caldas, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: **IMPONER** costas de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. en favor del demandante, por no haber prosperado sus recursos de apelación.

TERCERO: **NOTIFÍQUESE** el presente fallo mediante su inserción en el estado virtual y en cada una de las direcciones de correo electrónico reportadas por las partes.

MARÍA DORIAN ÁLVAREZ

Magistrada Ponente

SARAY NATALY PONCE DEL PORTILLO

Magistrada

WILLIAM SALAZAR GIRALDO

Magistrado

Firmado Por:

**MARIA DORIAN ALVAREZ DE ALZATE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 2 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE MANIZALES**

**WILLIAM SALAZAR GIRALDO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 3 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE MANIZALES**

**SARAY NATALY PONCE DEL PORTILLO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE MANIZALES**

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:

**25f546837adfb0af21cbd061d12a84ca053763f0d494a34c6b9975690f3
4f127**

Documento generado en 29/06/2021 01:39:12 PM