REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	LUIS ALFONSO OSPINA GÓMEZ
DEMANDANDO	PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES
LITISCONSORTE	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
RADICADO	760013105 018 202200342 01
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACIÓN
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 328 del 4 de diciembre de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	INEFICACIA DE TRASLADO: las AFP omitieron cumplir su deber de información. Pensión vejez
DECISIÓN	REVOCA

Hoy, Cuatro (4) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 de 2022, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala Cuarta de Decisión Laboral y como magistrada ponente ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA, proceden a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia No. 252 del 21 de octubre de 2022, proferida por el juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor **LUIS ALFONSO OSPINA GÓMEZ** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** bajo la radicación **760013105 018 2022 00342 01**.

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor **LUIS ALFONSO OSPINA GÓMEZ** demandó a **PROTECCIÓN** y **COLPENSIONES** pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado del RPM (Régimen de Prima Media) al RAIS (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad), en consecuencia, se tenga como válidamente afiliado a COLPENSIONES y se disponga por parte de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los aportes pensionales junto con sus respectivos rendimientos, bonos

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C, así como los gastos de administración, con cargo a su propio patrimonio, previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la ley 100 de 1993.

Asimismo, solicita se ordene a COLPENSIONES pagar la pensión de vejez desde el 19 de octubre de 2013 conforme lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, en virtud de la transición, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 ibidem o subsidiariamente la indexación.

Subsidiariamente pide que se reconozca la indemnización por los perjuicios ocasionales por la perdida del derecho pensional en virtud de traslado de régimen, tasados en las mesadas pensionales dejadas de percibir por el demandante, desde la fecha de causación del derecho pensional hasta la expectativa de vida, junto con los intereses a la tasa máxima legal.

Como **hechos** indicó que nació el 19 de octubre de 1953 y que se afilió al ISS (Instituto de Seguro Social) el 10 de febrero de 1975, luego suscribió formulario de afiliación a PROTECCIÓN en octubre de 1994 y posteriormente el 14 de junio de 1996 a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.

Dijo que, al afiliarse a la AFP Administradora de pensiones y cesantías, no recibió la información necesaria, clara y por escrito de la proyección pensional para identificar las ventajas y/o desventajas del traslado, incumpliendo así el deber legal que tenía de proporcionar información veraz y completa, respecto a las consecuencias negativas que tendría con el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, especialmente en lo relacionado con el monto de su pensión.

Informa que mediante resolución No. 990830 del 25 de octubre de 1999, la ATEP del ISS le otorgó pensión de invalidez de origen profesional, por lo que COLMENA mediante oficio del STPS-0258-00 del 21 de febrero de 2000 negó la pensión de vejez y le otorgó la devolución de saldos, la cual no incluyó los aportes realizados al ISS.

Manifiesta que era beneficiario del régimen de transición y al 29 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas, que cumplió 60 años el 19 de octubre de 2013, fecha para la que contaba con más de 1000 semanas cotizadas, cumplimiento con los presupuestos del decreto 758 de 1990 para acceder a la pensión de vejez.

Dijo que el 29 de diciembre de 2021 elevó petición ante PROTECCIÓN y COLPENSIONES tendiente a obtener la ineficacia del traslado, habiéndose negado la petición por COLPENSIONES, sin que la misma fuera contestada por la AFP.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que el demandante cuenta con 68 años, es decir que ya cumplió con el requisito de edad para tener derecho a la pensión de vejez, encontrándose en la prohibición expresa contenida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, le cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para realizar el traslado de régimen pensional.

Agrega que no está acreditado que el accionante haya sido engañado al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, como lo fue el traslado de régimen pensional, más aún cuando permaneció en el RAIS por muchos años sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración, afianzando su decisión de estar en el régimen.

Dijo además que la administradora no es la competente para declarar la nulidad de la afiliación, más aún cuando no se ha demostrada ningún vicio en el consentimiento.

Señala que nuestro sistema legal no impone a una persona carga económica por un daño antijuridico o un perjuicio que otro causó y frente al cual no tuvo posibilidad de evitar.

Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe, compensación, genérica y la oponibilidad por ser tercero de buena fe.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones señalando que el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez y al no cumplir los requisitos para acceder a esta, aceptó la devolución de saldos existentes en la cuenta de ahorro pensional y el bono pensional, para el año 2000; por lo que no es viable el traslado de régimen.

Dijo que el actor adelantó actos que ratificaron su voluntad de continuar afiliado al RAIS y pensionarse en dicho régimen, pues por un lado signó la solicitud de vinculación y además reclamó la pensión de vejez.

Agrega que el accionante no es beneficiario del régimen de transición, pues perdió dicha prerrogativa al trasladarse al RAIS.

Añade que las actuaciones de la AFP han estado ceñidas a la ley y por ende no se le puede imputar ningún tipo de perjuicio, por lo que no es procedente el reconocimiento de perjuicios; señalando además que esta figura no está contemplada en el régimen de seguridad social.

Asevera que el demandante suscribió con total conocimiento y voluntariedad su vinculación ante la AFP, por lo que no presentó un vicio en el consentimiento que pudiera derivar en una

condena por pago de perjuicios, los que además resalta no están probados por la parte activa, como es su deber procesal.

Propuso las excepciones que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez del traslado del actor al RAIS, inviabilidad del traslado de régimen pensional, pago, situación pensional consolidada – reconocimiento devolución de saldos, compensación, buena fe de la entidad demandada PROTECCIÓN, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios por incumplimiento en el deber de información.

La AFP presentó igualmente demanda de reconvención en contra del señor LUIS ALFONSO OSPINA GÓMEZ, pretendiendo que en el evento de declarar la nulidad (sic) de la vinculación, y se autorice el traslado de régimen pensional, se condene al demandante a reintegrar las sumas de dinero que dicha sociedad le ha cancelado por concepto de devolución de saldos, hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, debidamente indexadas.

El señor LUIS ALFONSO OSPINA GÓMEZ contestó la demanda de reconvención oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones señalando que el dinero no debe ser retornado dado que el acto que dio origen a la afiliación a la AFP estuvo viciado en su consentimiento.

Indica además que no es procedente que como consecuencia del actuar de la parte que indujo al error, se le permita posteriormente por razón de este hecho, la repetición de lo que haya dado o pagado.

Propuso las excepciones de fondo que denominó: prescripción, inexistencia de la obligación de retorno de sumas de dinero, cobro de lo no debido, genérica, buena fe.

Por auto interlocutorio No. 1924 del 29 de julio de 2022 (PDF13 cuaderno juzgado), el Juzgado Dieciocho laboral del Circuito de Cali resolvió vincular como litisconsorte necesario por pasivo al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, resaltando que únicamente responde por la a Liquidación, Emisión, Expedición, Redención, Pago o Anulación de Bonos Pensionales o Cupones de Bonos Pensionales a cargo de la Nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que al respecto realicen las Administradoras del Sistema General de Pensiones, lo que de entrada nos lleva a concluir que la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no está facultada legalmente para pronunciarse respecto de la

"eventual" NULIDAD de la vinculación del demandante al RAIS.

Añade que desconoce las condiciones en que se produjo el traslado del actor al RAIS, en consecuencia, cuál fue la asesoría que pudo haberle brindado.

Propuso las excepciones de fondo que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva: la oficina de bonos pensionales no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional, la oficina de bonos pensionales del ministerio de hacienda y crédito público ya cumplió con la emisión y redención del bono pensional del señor LUIS ALFONSO OSPINA GÓMEZ, buena fe, prescripción, inaplicabilidad del precedente judicial para el caso concreto, violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali** decidió el litigo en sentencia No. 252 del 21 de octubre de 2022, en la que declaró parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de las mesadas pensionales causadas antes del 29 de diciembre de 2018; inexistencia de la obligación respecto de los intereses moratorios y probada la propuesta por el MINISTERIO DE HACIENDA denominada la oficina de bonos pensionales del ministerio de hacienda y crédito público ya cumplió con la emisión y redención del bono pensional.

A la par, declaró la ineficacia del traslado al RAIS y en consecuencia generó el regreso automático del actor a COLPENSIONES, sin solución de continuidad, ordenando a esta última administradora actualizar la historia laboral del actor dentro de los 2 meses siguientes.

Por lo anterior, dispuso que PROTECCIÓN devolviera a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor LUIS ALFONSO OSPINA GÓMEZ, tales como, de forma enunciativa, cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a Colpensiones de manera indexada con cargo a su propio peculio.

Condenó también a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez, conforme lo dispuesto en el decreto 758 de 1190, por ser beneficiario de la transición, a partir del 19 de octubre de 2013, a razón de 13 mesadas a año, en el equivalente a un SMLMV; junto con el retroactivo de las mesadas causadas del 29 de diciembre de 2018 al 30 de septiembre de 2022

en cuantía de $43.039.867, debidamente indexado, mes a mes, desde su causación y hasta el momento efectivo del pago.

Autoriza a la administradora descontar del retroactivo los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud y lo pagado por concepto de devolución de saldos, indexado desde su otorgamiento y hasta la fecha de pago del retroactivo pensional en el RPM.

Finalmente, condenó en costas a las demandadas, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a ½ SMLMV a cargo de PROTECCIÓN y el equivalente a UN (1) SMLMV a cargo de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación respecto de la autorización para retornar lo recibido por el demandante por concepto de devolución de aportes, pues señala que el acto que dio origen a la afiliación del actor estuvo viciado en su consentimiento de manera grave y determinante, al no haberse suministrado la suficiente información que resultaba relevante para la toma de la decisión que conllevó a la inducción del error.

Señala que no es dable que la parte que indujo al error se le permite como repetición a este hecho la devolución de lo que haya hecho o pagado, releva que estamos bajo el principio que nadie puede alegar a su favor su propia culpa. Menciona la sentencia T-122 de 2017.

Añade que en caso de que se confirme la decisión, solicita se disponga que el mismo no sea reintegrado de manera indexada pues resulta injusto con el accionante, dado que se pretende condenarlo a asumir la responsabilidad de un actuar ejercido en su contra, lo que resulta desproporcionado.

La apoderada judicial de COLPENSIONES interpone recurso de apelación indicando que la administradora no estaba obligada a realizar el traslado del RAIS al RPM y que, si bien negó la solicitud que al respecto hiciere el actor, ello fue atendiendo lo reglado en el literal e) artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ya que el demandante se encontraba cerca a la edad para acceder a la pensión de vejez.

Dijo que el acto de traslado al RAIS es válido en la medida que el accionante suscribió solicitud de vinculación con dicho fondo de manera libre y espontanea, luego de haber recibido asesoría integral y completa, respecto a todas las implicaciones de su decisión, tal y como lo hace contra la firma dentro del formulario de afiliación.

Señala que no se encontró probado dentro del proceso que se configuren los vicios del consentimiento de que trata el art. 1109 del código civil, es decir, el error, fuerza o dolo al momento de la suscripción del formulario de afiliación.

Dijo que de confirmarse la decisión de primera instancia se estaría desconociendo una prohibición que se encuentra declarada exequible en la sentencia T 1024 de 2004 que establece un periodo de carencia para el traslado de regímenes, con el fin de garantizar la sostenibilidad del sistema. Hace referencia igualmente a las sentencias C 258 de 2013 y SU 230 de 2015.

Indica que el sistema legal no consagra que se pueda imponer a una persona una carga económica por un daño antijuridico o un perjuicio que otro causó y frente al cual no tuvo la oportunidad de evitarlo, por ende no puede pretenderse que COLPENSIONES sin haber tenido responsabilidad ni ninguna incidencia en el traslado, máxime cuando no podía obligar al afiliado a permanecer en el régimen de prima media, asuma el pago de una pensión y de un retroactivo, teniendo en cuenta que se está condenando a pagar el retroactivo pensional desde el año 2018, la situación de que no estaba afiliado ni era una persona activa o cotizando en el RPM, asuma esta pensión a la que pueda otorgarse con el dinero existente en la cuenta de ahorro individual, es decir, que realmente quien sufre los efectos de la ineficacia es la administradora, un tercero que no participó ni en la etapa precontractual.

Pide se tenga en cuenta al momento de emitir la condena en costas que COLPENSIONES no participó en el acto que se declara nulo e ineficaz y el sustento de la decisión guarda sustento en una conducta desplegada por un tercero ajeno a la administradora del régimen de prima media. Indica que COLPENSIONES es llamada al proceso para que reciba los dineros resultantes de la nulidad del traslado, mas no era la entidad responsable de los actos.

Por lo anterior solicita se revoque la decisión de primera instancia.

La apodera de PROTECCIÓN interpone recurso de apelación con el fin que se revoque el numeral cuarto y octavo y modifique el numeral noveno.

Señala que existe una sentencia del año 2021 en la que se indica que los afiliados que hayan efectuado una devolución de saldos tienen un derecho consolidado y en consecuencia no es procedente la ineficacia del traslado.

Releva que en el expediente obra una declaración extra juicio donde el demandante manifiesta su voluntad para que se le reconozca una devolución de saldos y frente a ello el juzgado sólo mencionó que al momento de la afiliación con la AFP pues no se le dio toda la información precisa y ajustada a las normas, pero ello se consolidó cuando el mismo demandante solicitó

a la AFP que se le reconociera una devolución de saldos y aunado a ello se haga un pago de un bono pensional, que se hizo de manera anticipada.

Manifiesta que en la decisión del juez de primer grado no se tuvo en cuenta la sentencia SU 1142 de 2021, en la que se ha dicho que cuando ha existido una devolución de saldos donde se hizo una redención anticipada del bono pensional, permitiría identificar que sí existen los suficientes recursos en la cuenta y que el actor sí conocía las ventajas y desventajas de ello.

Expone además que el actor es beneficiario de una pensión de invalidez por parte de la ARL, que, si bien no es incompatible con la de vejez que se reclama, si es necesario revisar el caso concreto.

Refiere que tampoco se hizo referencia en las consideraciones de la demanda que el accionante sólo tiene cotizaciones hasta 1998.

Indica además que la AFP está siendo sancionada dos veces dado que en la cuenta de ahorro individual del actor se encuentra en cero, por lo tanto, si el demandante no efectúa la devolución de saldos pues la AFP que va a devolver a COLPENSIONES; refiere además que el juzgado no hizo mención de cómo se haría la devolución del bono pensional, sino que únicamente expone que es un trámite administrativo. Por lo anterior solicita que el tribunal disponga que una vez el demandante retorne la devolución de saldos, junto con el bono pensional, se indique si dicho bono pensional se devuelve a COLPENSIONES o se paga directamente al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Dijo que se sobreentiende que existen unos aportes voluntarios, sin embargo, ello no está acreditado.

Releva que el accionante no es un afiliado, ya tiene un estatus diferente por contar con una devolución de saldos.

El asunto se estudia igualmente en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, en favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

El apoderado de COLPENSIONES descorrió el traslado el 11 de noviembre de 2022 (PDF4

cuaderno tribunal) y la parte demandante el 21 de noviembre de 2022 (PDF5 cuaderno tribunal).

Los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si se interpuso en primera instancia.

No encontrando vicios que puedan generar la ineficacia de lo actuado en primera instancia y surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007 se profiere la

SENTENCIA NO. 328

PROBLEMAS JURÍDICOS

En atención a los recursos interpuestos por los apoderados de las partes y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, el PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL que debe dirimir esta Sala gira en torno a establecer si, habiendo recibido el demandante la devolución de saldos en el RAIS, es procedente declarar la ineficacia del traslado.

Determinado lo anterior, de ser viable lo pedido, se establecerá cuál es la consecuencia jurídica de dicha ineficacia en el caso, es decir, si debe ordenarse el retorno del demandante al RPM y el consecuente reconocimiento de la pensión de vejez o el pago de perjuicios materiales.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico principal, la Sala comienza por indicar que el Sistema General de Seguridad Social en pensiones creado por la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Frente a la elección de régimen, el literal b) del artículo 13 de la 100/93, indica que los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga para su vinculación o traslado.

Respecto del deber de información, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera a los afiliados elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado aquella que mejor se ajustara a sus intereses1 y, sobre este punto, jurisprudencialmente se ha definido que es la AFP a la cual se efectuó el traslado a quien le corresponde la carga de la prueba2. Bajo estas premisas, se ha

considerado por esta Sala de decisión que en los casos en que no se demuestre que al afiliado o cuando se está ante un pensionado del RPM que por movilidad entre regímenes ha perdido los beneficios del régimen de transición, no se le brindó la información suficiente en los términos exigidos por la jurisprudencia hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SL373-2021, reiterada, entre otras, en las providencias CSJ SL5169-2021, CSJ SL5704-2021, CSJ SL5172-2021 y CSJ SL1113-2022, en asuntos con supuestos de hecho que se pueden catalogar como analogía estrecha con el ahora analizado, como más adelante se explicará, consideró que tratándose de una persona con estatus de pensionado en el RAIS, no es posible volver las cosas al estado anterior al acto del traslado, es decir, no es posible declarar la ineficacia de la afiliación, pues se encuentra en una situación jurídica consolidada o hecho consumado que no se puede revertir sin afectar a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y en consecuencia, derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en conjunto.

Así se precisó en sentencias CSJ SL373-2021, donde la corporación explicó:

> *Si bien por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:*
>
> *Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.*
>
> *Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.*
>
> *Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de*

la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.
Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones

Así las cosas, esta Sala de decisión considera pertinente asumir la referida posición de la Corte Suprema de la Corte Suprema de Justicia por cuanto, no es posible retrotraer la calidad de pensionado bajo la figura de la ineficacia de su traslado al RAIS, esencialmente por tratarse de una situación consolidada, sin importar la modalidad pensional adoptada.

De ahí que, en los casos en que se pretenda la ineficacia del traslado resulta diferenciador el hecho de que el actor sea pensionado y que en virtud de la solicitud de la prestación económica pudiera acceder a la misma, pues generó un nuevo acto jurídico.

Descendiendo al asunto objeto de estudio, se encuentra probado que el 10 de mayo de 2000 al demandante se le realizó el pago por parte del fondo de pensiones SANTANDER de la "devolución de saldos por riesgo profesional de la cuenta de ahorro individual" (fl. 43 PDF7 cuaderno tribunal), incluido el bono pensional (fl. 53 PDF7 cuaderno tribunal).

Este pago acaeció en virtud de la manifestación hecha por el actor en declaración extra-juicio

rendida ante el Notario Tercero de Cali, así: "*Manifiesto que soy pensionado por la Administración del Instituto del Seguro Social, SOLICITO a COLMENA, la devolución de saldos de la cuenta individual de mis aportes de pensión realizados por la COMPAÑÍA JHON RESTREPO y CIA"*.

Como se advierte, si bien el demandante no ostenta la calidad de pensionado, se encuentra acreditado que le fue reconocida la devolución de saldos, es decir ya no es afiliado al Sistema General de Pensiones y se encuentra en una situación jurídica consolidada que no es posible que se revierta.

Por lo anterior, no es posible declarar la ineficacia o nulidad del traslado como se pretende, pues acordó y aceptó con la AFP las condiciones para gozar de la devolución de saldos, lo que implica que en la actualidad el demandante no cuente con dineros en la cuenta de ahorro individual para trasladar a COLPENSIONES, en consecuencia, financiar la pensión de vejez que reclama, dinero que en últimas debería en consecuencia retornar el accionante.

Lo anterior permite concluir que, siguiendo los lineamientos del literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, se encuentra extinto el derecho que tenía el demandante de movilizarse entre regímenes como afiliado, pues su situación jurídica quedó definida y consolidada al solicitar la devolución de saldos, la redención del bono pensional, el diligenciamiento de los documentos necesarios para acceder a dichos beneficios y al desplegarse actos por terceros de buena fe como lo fue la oficina de Bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que ordenó la emisión y pago del referido bono.

De ahí que, para este caso resulta diferenciador el hecho de que el actor solicitara la pensión, esta le fuera negada y en su lugar aceptara la devolución de saldos, lo que generó un nuevo acto jurídico, que definió y consolidó su situación jurídica e incluyó no sólo la devolución de los aportes y rendimientos, sino también de bono pensional con ocasión de los aportes realizados al ISS.

Ahora, en lo que respecta a los perjuicios materiales es preciso indicar que los mismos han sido concebidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para que quien se considere lesionado en su derecho con el acto de traslado pueda obtener la reparación de los perjuicios ocasionados por el actuar omiso de las AFP, ya sea a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios o bien la acción de ineficacia de traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria. Al respecto expuso la Corporación en sentencia SL1113 -2022 lo siguiente:

> "*…no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda*

obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.
(…)
El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento".

Lo anterior se sustenta en que la acción de indemnización de perjuicios no es ajena al derecho laboral y de la seguridad social, en la que en efecto cabe la reparación del daño por la responsabilidad imputable a la AFP, siempre que el petitum de la demanda esté encausado en ese sentido, como en el caso de autos, en donde se pretende que se reconozca a cargo de las AFP del RAIS llamadas a juicio, a título de indemnización de perjuicios, el valor de la prestación que le hubiere correspondido al promotor de la acción en el RPMPD.

Ahora bien, en lo que respecta a la prescripción de la acción de reclamación de indemnización de perjuicios debe precisarse que la misma empieza a contabilizarse desde el momento en que se reconoció la pensión en el RAIS.

Al respecto se refirió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1470 de 2023, en la que se indicó que si bien el derecho pensional no prescribe en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución nación, lo cierto es que dicha imprescriptibilidad no es aplicable frente a la indemnización de perjuicios, en tanto no corresponde a un derecho en sí mismo considerado sino a una consecuencia resarcitoria generada por el incumplimiento de los deberes de la AFP, en consecuencia cita la Sala de Casación Laboral que a partir del momento en que se obtiene el estatus de pensionado inicia a contabilizarse el fenómeno extintivo de la acción.

Así las cosas, debe iniciar el conteo de la prescripción de la acción de indemnización de perjuicios desde el momento en que se obtiene el estatus de pensionado en tanto que el daño que pretende se resarcido deriva, en el caso de autos, de la imposibilidad de obtener una pensión de vejez en el RAIS, la que podría haberse materializado en COLPENSIONES, de haber

permanecido en el RPM, en consecuencia, este es el momento que marca la exigibilidad del derecho en tanto se concreta como tal el daño, siendo entonces el hecho la omisión de información y debiéndose demostrar en consecuencia el nexo de causalidad entre uno y otro.

Conforme lo anterior se presume entonces que el daño que da origen a la reclamación de los perjuicios en el *sub lite* deriva del reconocimiento de la devolución de saldos que data del año 2000, es decir, que a la fecha estaría prescrita la petición de los perjuicios.

Aun en gracia de discusión, considera esta Sala que tampoco estarían acreditados los perjuicios que pretenden se indemnicen, ello en tanto que, si bien en los hechos de la demanda se hace hincapié en el hecho que el demandante es beneficiario de la transición y que, en virtud de esta prerrogativa, en el año 2013 alcanzó los presupuestos del régimen anterior aplicable, a saber, el decreto 758 de 1990, para obtener el derecho pensional en el régimen de prima media, lo cierto es que al analizar la razón de ser de la devolución de saldos reconocida se tiene que la misma se obtuvo cuando el señor LUIS ALFONSO OSPINA GÓMEZ tenía 46 años -*nació el 19 de octubre de 1953 (fl. 25 PDF1 cuaderno juzgado)*-, esto es, cuando aún no se cumplía la edad de pensión, sino que se otorgó por la condición de invalidez en atención a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993, que reza:

> *"Cuando el afiliado se invalide sin cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, se le entregará la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros y adicionado con el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar.*
>
> *No obstante, el afiliado podrá mantener un saldo en la cuenta individual de ahorro pensional y cotizar para constituir el capital necesario para acceder a una pensión de vejez"*

De ahí que se infiera que la decisión del demandante al pedir la devolución de saldos fue que se hiciera entrega del total de los recursos de la cuenta de ahorro individual y no optar por mantener un saldo en su cuenta con el fin de constituir el capital necesario para acceder a la pensión de vejez, por lo que entonces no podría establecerse que el actor no obtuvo la prestación por vejez en virtud al funcionamiento del RAIS sino que fue una decisión propia abstenerse de obtener esta.

Corolario, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia. COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandante, se fija como agencias en derecho el equivalente a UN (1) SMLMV.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia No. 252 del 21 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en la demanda.

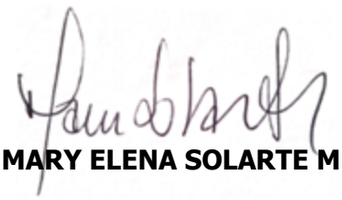
TERCERO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandante, se fija como agencias en derecho en esta instancia en el equivalente a UN (01) SMLMV.

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace: https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias.

En constancia se firma.

Los Magistrados,

Se suscribe con firma electrónica
ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA
Magistrada Ponente



MARY ELENA SOLARTE MELO

GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

Alejandra Maria Alzate Vergara

Magistrada

Sala 007 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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: **ee2e0059c9f80da907efa26384af1b67e727530d1629df044102039b8437f4fd**

Documento generado en 04/12/2023 09:45:39 AM

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