

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN se constituyó en audiencia, con el fin de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de primera instancia proferida en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **OTTO DE JESÚS CHVATAL GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y de las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), al cual se dispuso vincular en condición de litisconsorte necesario por pasiva a la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES**, tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-009-2017-00097-01.

**La demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

#### 1. ANTECEDENTES:

En lo que interesa para resolver en esta instancia, se tiene que el demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su afiliación al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por COLPENSIONES, y como consecuencia se condene a PORVENIR S.A. a revocar el reconocimiento de la pensión de vejez bajo la modalidad

de retiro programado, ordenando la devolución de aportes, bono pensional y rentabilidad a COLPENSIONES, se condene a esta última entidad a recibir dichas sumas y a reconocerle la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición, de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

Así mismo pretende el demandante que se condene a PROTECCIÓN S.A., al pago de la indemnización de perjuicios en su favor, cuantificados en el valor que debió haber percibido como mesada pensional en caso de permanecer en el RPM administrado por COLPENSIONES.

Finalmente, pretende PORVENIR S.A. a través de demanda de reconvención en contra de demandante, que, en caso de salir avante la pretensión de ineficacia de traslado, se condene al demandante a reintegrar a PORVENIR S.A. la suma de \$1.038.329.126 que le han sido cancelados desde el año 2003 por concepto de mesadas pensionales, y por excedentes de libre disponibilidad.

**Como fundamentos fácticos de sus pretensiones**, relata el actor, que nació el 23 de enero de 1943, cumpliendo los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2003, razón por la cual es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones tenía más de 40 años de edad.

Expone que se trasladó del RPM al RAIS a través de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. el día 25 de abril de 1996, trasladándose posteriormente a la AFP PORVENIR S.A. en el año 1999 y a la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. en noviembre de 2000.

Aduce que en su momento el asesor de PROTECCIÓN S.A. procedió a afiliarlo al RAIS sin brindarle asesoría de su situación pensional, ni sobre el régimen de transición, ni sobre las desventajas de su traslado.

Manifiesta que al momento de su traslado, el asesor le explicó sobre la posibilidad de pensionarse de manera anticipada en el RAIS con una mesada pensional cuantiosa, pero dicha promesa resultó ser falsa, dado que mediante comunicación del 22 de diciembre de 1999 le fue informado que para ello se requería realizar una redención anticipada de su bono pensional, lo que ocasionaba la pérdida de más de 200 millones de su valor, lo que generó que aplazara el reconocimiento pensional hasta el máximo de su posibilidad económica, buscando la redención normal del bono, pero que no

obstante, financieramente le tocó solicitar la pensión anticipada a los 60 años, misma que le fue reconocida por PORVENIR S.A. bajo la modalidad de retiro programado a partir del julio de 2003 en cuantía mensual de \$3.508.394, ocasionándole graves perjuicios como la disminución del valor de su mesada en el año 2008 bajo el argumento de mantener una mesada pensional más estable en el futuro y la imposibilidad de migrar a una renta vitalicia, dado que ninguna aseguradora aceptó administrar su renta.

Señala además que el cambio de régimen pensional le generó grandes desventajas y perjuicios como la pérdida de la oportunidad de liquidar su IBL con base en los parámetros del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la no posibilidad de acceder a una tasa de reemplazo del 90%, la pérdida de oportunidad de no estar sometido a los rendimientos financieros del sistema en cada anualidad con la posibilidad de una eventual disminución de la mesada, y finalmente la obligación contraída con el abogado para revertir su situación pensional, la cual asciende a un 30% de las pretensiones reconocidas.

Expresa que cumple a cabalidad con los requisitos legales de edad y semanas consagrados en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, toda vez que es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cumplió los 60 años de edad el 26 de enero de 2003 y cuenta con más de 1000 semanas cotizadas.

## **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La oficina judicial de primera instancia, despachó de manera desfavorable las pretensiones de la demanda, absolviendo en consecuencia de las pretensiones a la totalidad de las demandadas.

Para arribar a dicha decisión, sostuvo el fallador, que la calidad de pensionado del demandante en el RAIS, cercena toda posibilidad de declarar en su caso la ineficacia del traslado, en atención a que la totalidad de las normas que rigen la materia hacen alusión a los afiliados y no a los pensionados, señalando además que en el caso del demandante no es claro que aduzca una falta de información, considerando que solicitó la pensión de vejez ante PORVENIR es decir, que hizo uso de uno de los beneficios que le proporcionaba el hecho de estar afiliado al RAIS, lo que a juicio del despacho desvirtúa esa supuesta falta de información, pues si bien es cierto, el monto puede variar de un régimen al otro, al igual que las ventajas y desventajas, para el presente caso, la prerrogativa de poder acceder a la pensión de vejez bajo la

modalidad de retiro programado o pensión anticipada es una prerrogativa o beneficio propio del RAIS al cual pudo acceder el demandante debido a la información suministrada y con el conocimiento que tuvo de tal situación, conforme el cruce de información que quedó acreditado en el plenario.

Indicó el juez, que resulta ilógico pretender un retorno al RPM, cuando se trata de un pensionado que viene disfrutando en el RAIS de la prestación económica desde julio de 2003 y que por ende en bono pensional Tipo A Modalidad 2 a que tuvo derecho el demandante, cuyo cupón principal a cargo de la Nación fue reconocido y pagado en enero de 2005, ha venido sirviendo para financiar la pensión de vejez, con la obvia disminución de su valor, sin que sea posible legal o jurídicamente retrotraer todo ese procedimiento.

Para sustentar su posición, el Juez citó la sentencia de unificación proferida por la Sala Especializada Laboral de este Tribunal el 14 de agosto del año 2019, en el proceso con radicado 05001-31-05-007-2015-01295-01, y la sentencia SL 373-2021 proferida por la SCL de la CSJ, indicando una vez más que conforme a los citados pronunciamientos, por tratarse el presente caso de una persona pensionada en el RAIS, resulta improcedente la solicitud de ineficacia de traslado, lo que trae como consecuencia que deba despacharse de manera desfavorable dicha pretensión, al igual que las pretensiones consecuenciales y subsidiarias.

En relación a la pretensión de indemnización de perjuicios, adujo el fallador de instancia que, dado que dicha indemnización de perjuicios derivada del traslado entre regímenes pensionales no se encuentra consagrada en la legislación laboral, debe acudir a las normas del Código Civil que regulan la materia, y que suponen la ocurrencia del daño, la ocurrencia del perjuicio y el nexo causal entre estos últimos, los cuales el demandante, siendo de su incumbencia, no acreditó de manera convincente y contundente, pues en el caso del daño, no se puede concluir que el traslado entre regímenes o el traslado entre fondos le haya producido este, debiéndose tener en cuenta que a esa circunstancia se suma un hecho propio del demandante como lo fue haber suscrito de forma voluntaria el formulario de afiliación o traslado entre regímenes y entre fondos, haberse mantenido allí por largo tiempo y haber adquirido en dicho régimen la calidad de pensionado por vejez.

En lo que respecta a la demanda de reconvención instaurada por PORVENIR S.A., en contra del demandante, indicó que las razones expuestas en la sentencia resultan suficientes para desestimar las pretensiones de dicha demanda.

Seguidamente declaró no probada la excepción de prescripción formulada por las demandadas, indicando que, por encontrarse íntimamente ligada al derecho pensional, el cual es imprescriptible, la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado a un régimen pensional, es también imprescriptible.

Finalmente condenó en costas al demandante, en favor de las demandadas en la demanda principal, y condeno en costas a PORVENIR S.A. en la demanda de reconvención.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada parcialmente por el apoderado judicial de PORVENIR S.A. en lo que respecta a la condena en costas impartida en contra de dicha AFP con relación a la demanda de reconvención, frente a lo cual indicó que, si bien la condena en costas se trata de una condena objetiva, deben tenerse en cuenta los criterios de buena fe y de presunción de validez y legalidad del acto frente a las actuaciones de HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., para lo cual se demandó dentro de este proceso por una situación más que todo accesoria frente al reintegro de las sumas pagadas, por lo cual se justificaba la presentación de dicha acción de reconvención en contra del demandante con el ánimo que se reintegraran los saldos, situación que al no prosperar la declaratoria de ineficacia de traslado pues tampoco tendría lugar la devolución de los saldos pagados, pero que en todo caso, si evidencia que se justificaba la presentación de la demanda de reconvención.

### **4. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Dado que la sentencia no fue apelada por la parte demandante, se dispuso por parte del *a quo* el envío del expediente ante esta Corporación Judicial para surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de primera instancia en favor del demandante por haberle resultado totalmente adversa la decisión de primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 69 de CPT y de la SS.

### **5. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:**

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de todas las partes en litigio allegaron sendos escritos de alegatos de conclusión, los que se transcriben a continuación en los siguientes términos:

## **ALEGATOS DEL DEMANDANTE.**

“por medio del presente me permito formular los siguientes **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**, con el propósito de que sea **REVOCADA** la sentencia proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, toda vez que quedó acreditado dentro del debate procesal que las administradoras privadas codemandadas, en contravía de los mandatos legales, vulneraron el derecho de la libre elección de régimen pensional del demandante, generando en consecuencia una ineficacia de la filiación con dichas administradoras, y que se traduce a su vez en un perjuicio para mi prohijado.

Ahora bien, y con miras a complementar lo expuesto en el curso procesal, debe señalarse que existe dentro del ordenamiento jurídico, la posibilidad de un resarcimiento de forma perfecta al daño causado, a través de un estricto cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social que se encuentran en cabeza del fondo privado de pensiones, cual es la **REINTEGRACIÓN DEL DERECHO A LA PENSION**, esto es, reintegración del daño en forma específica, que resulta del equivalente a los términos que hubiese sido otorgada la prestación en el RPMPD, con carácter vitalicio y transferible a sus beneficiarios.

En tal sentido, la tutela reintegradora del derecho subjetivo, encuentra su fundamento, cuando la intensión de la parte agraviada, en este caso, del afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, pretende es el **cumplimiento del objeto contractual**, dicho de otro modo, busca la reintegración del daño en forma específica, esto es, en el equivalente a los términos que hubiese sido otorgada la prestación en el RPMPD, con carácter vitalicio y transferible a sus beneficiarios.

Es por ello que, cuando estamos en presencia de un menoscabo a un derecho, como lo es el derecho fundamental a la seguridad social materializado en la **PENSION DE VEJEZ**, surge imperioso la adecuación de la **REPARACIÓN** a la calidad del daño, abandonando el concepto de indemnización, por otro tipo de restitución, cual fuere la **REINTEGRACIÓN POR UN DERECHO EQUIVALENTE**, lo cual, verdaderamente restituye y maximiza la protección constitucional.

Esta solución jurídica no se encuentra de forma expresa en materia laboral o seguridad social, pero si lo hace en otras figuras del ordenamiento jurídico, las cuales son aplicables conforme lo dispuesto en el artículo 19 del CST, norma que de forma supletoria nos dirige a otras disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

Es por lo anterior, que sin necesidad de demostrar la existencia de daños, ni los elementos de la responsabilidad civil en materia de reparación de perjuicios, el Código Civil y la solución que aquí se pretende, busca que la omisión en el cumplimiento de los deberes contractuales del fondo privado de pensiones, en materia de información, y al encontrarse en presencia del estatus consolidado a la pensión, encuentre la realización específica de la prestación en los términos agravados, por la imputación del riesgo en el traslado efectuado de forma irregular, sin que por ello requiera la demostración de su culpa ni la existencia de daños.

En efecto, la pretensión reintegradora de la prestación por el equivalente, resulta procedente cuando la prestación originaria es imposible cumplirla, máxime cuando puede afectar en el presente caso derechos de terceros, de inversionistas de la nación o de aseguradoras, y no resulta plausible el retorno al RPMPD, como lo dejo sentado la Corte Suprema en la sentencia SL 373 de 2021.

Este método de resolución de conflictos laborales, no ha sido ajeno a nuestra jurisprudencia nacional, para el efecto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali en Audiencia de Juzgamiento N° 171 del 28 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, instaurado por ALBA MARLENY MAHECHA CUELLAR vs COLPENSIONES y COLFONDOS, luego de hacer una transcripción de la sentencia SL 373 de 2021, consideró lo siguiente:

*“(...) Lo anterior, se traduce para el caso concreto en que, al ser desconocidos los artículos 271 y 272 y demás normas citadas en esta providencia por falta de información en el traslado de régimen pensional y al ser afectado el derecho fundamental a la pensión de vejez, derecho subjetivo en general, corresponde la reintegración del derecho, esto es, reconocérsele el derecho a la pensión en los términos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, condenándose a COLFONDOS al pago de la pensión en forma completa, con carácter vitalicio y transferible a sus beneficiarios, sin indagar sobre la triada de la responsabilidad civil: culpa, daño y relación de causalidad.*

*(...)*

*El derecho afectado con el daño de la falta de información es la pensión de vejez en su cuantía, cuya naturaleza jurídica va ligada al derecho social fundamental de la Seguridad Social, amén de ser un derecho de tracto sucesivo, vitalicio y transferible a los beneficiarios al momento de la muerte, por lo tanto, la reparación debe darse en los mismos términos característicos del derecho afectado.*

*Bajo las anteriores caracterizaciones la reparación debe ser de tracto sucesiva, es decir, pagada bajo mensualidades, vitalicia y transmisible a los beneficiarios, pues de no tener esas connotaciones, no estamos en presencia de una verdadera reparación.*

Por las consideraciones esgrimidas en el curso procesal, así como por lo expuesto brevemente en los presentes alegatos, reitero la solicitud a la Sala de REVOCAR íntegramente la providencia recurrida, y en consecuencia se acojan los pedimentos de

la demanda, especialmente lo referente a la indemnización de perjuicios entendida como REINTEGRACIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN, por cuanto se configuran los presupuestos de hecho, normativos y jurisprudenciales para la prosperidad de la misma, teniendo además como consecuencia la imposición de condena en costas a la entidad demandada.

### **ALEGATOS DE PORVENIR S.A.**

“Mi representada solicita que se confirme la sentencia desestimatoria de las pretensiones de primera instancia, según las consideraciones establecidas por el A quo bajo el estudio del presente caso, sobre la improcedencia de la declaratoria de la ineficacia de un pensionado del RAIS.

Considera mi representada, como bien se estableció por el fallador de primera instancia, que no es posible declarar la ineficacia de la afiliación de una persona que ya ostenta la calidad de pensionado del sistema general de pensiones, a raíz de la tesis que sostiene actualmente la H. Corte Suprema de Justicia; en principio, por cuanto la norma que regula los efectos de la ineficacia, recae para afiliados y no pensionados; además, que dicha calidad representa una situación jurídica ya consolidada y ajena al acto de vinculación que se impugna; y por último, la situación de ser pensionado implicó como en el caso del actor, sendos actos que comprometieron responsabilidad de terceros, y permitir un retorno como se pretende menoscabaría intereses de estos. En este orden de ideas, mi representada se encuentra conforme con el fallo en cuestión en este tópico.

Por otro lado, atendiendo a los argumentos presentados en el recurso de apelación, considera mi representada que no es pertinente la condena al pago de costas procesales, ante la falta de prosperidad de la acción interpuesta en contra de la parte demandante, en virtud de un eventual reintegro de aportes entregados al actor a través de mesadas pensionales.

Lo anterior, atendiendo a la subordinación que existe de la demanda de reconvención frente a una hipotética condena, y mi representada se encontraba habilitada para interponer tal medio atendiendo al interés legítimo de obtener un reintegro de aportes causados y pagados, ello con el fin, de salvaguardar los intereses del actor así como de terceros que ya intervinieron en el reconocimiento prestacional y evitar un enriquecimiento sin justa causa.

Bajo los presupuestos de legalidad y buena fe en que se cimentó mi representada, era menester interponer los medios exceptivos pertinentes y acciones conducentes a fin de resistir las pretensiones, y evitar un desequilibrio en el sistema. Y al gozar de prosperidad los medios exceptivos, la demanda de reconvención por sustracción de materia no sería objeto de pronunciamiento por ser una circunstancia accesorio a la oposición de PORVENIR S.A, y por ende, no representaría su falta de prosperidad una condena a cargo de mi representada de reconocer las costas procesales.

Según las consideraciones previamente expuestas, y las esgrimidas en juico de primera instancia, pretendo con la presentación de los alegatos, que la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de este distrito Judicial, confirme la sentencia desestimatoria de las pretensiones, y sea absuelta PORVENIR S.A de las costas procesales en primera instancia.”

#### **ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A.**

“Para iniciar mis alegatos de conclusión procederé a mencionar que el señor Otto de Jesús Chavatal Gomez, se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual, desde el año 1996, y ha ratificado su voluntad de pertenecer a este Régimen, cuando en el año 2003, la AFP Porvenir, le reconoció y pago la Pensión Anticipada de vejez.

Por lo que no es posible que luego de más de 24 años de afiliación al RAI y 18 años de pensionado, que la parte demandante, venga a manifestar que existió nulidad, ineficacia o inexistencia en la afiliación por un error en el consentimiento.

Ha de evidenciarse, la mala fe de la parte demandante al quererse enriquecer sin justa causa, solicitando la nulidad de una afiliación, pues si realmente existiera la supuesta nulidad o ineficacia, la parte actora, ni siquiera se hubiera presentado a recibir los dineros por parte de la AFP Porvenir S.A.

Así mismo señores Magistrados, es importante señalar que, con la firma de este nuevo contrato, es decir, el de la Garantía de Pensión Mínima, hace que se entienda como válida aún más la afiliación inicial, y así mismo al iniciar el disfrute de esta pensión, no es válido alegar falta de información con posterioridad al reconocimiento de la prestación económica.

Es importante resaltar, que se ha venido construyendo una línea jurisprudencial respecto a la condición del pensionado, así se ha dejado sentado en sentencias de la corte suprema de justicia sala de casación laboral tales como la SL 373 de 2021, con

magistrada ponente la Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, la cual indica :*“ lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertirlo retrotraer, como ocurre en este caso, no se puede borrar la calidad de pensionado sin más, ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y por lo tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto..”*

Asimismo la sentencia SL2820-2020 con magistrada ponente DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, donde se absolvió a Colfondos y Colpensiones, pues se consideró que al tratarse de una persona pensionada, en el RAIS bajo la modalidad de renta vitalicia, no se podía pretender que esta pensión mutara en una pensión bajo reglas de un régimen distinto, lo que resulta excluyente pues al recibirse una pensión anticipada, permite solventar la situación económica de la persona sin tener que esperar el cumplimiento de una edad mínima como si ocurre en el régimen de prima media.

También, se dejó sentado en la sentencia de unificación del Honorable Tribunal Superior de Medellín en sentencia del 14 de agosto de 2019, con radicado 050013105007201501295, A indicar que, con la firma de este nuevo contrato, es decir el de la Garantía de Pensión Mínima, hace que se entienda como válida aún más la afiliación inicial, y así mismo al iniciar el disfrute de esta pensión, no es válido alegar falta de información con posterioridad al reconocimiento de la prestación económica.

Asimismo, indica que sostener la tesis de la ineficacia de la afiliación para pensionados del Régimen de Ahorro Individual, es un camino que puede conducir a situaciones del todo insostenibles, por cuanto la consolidación de ese nuevo estatus supone en muchos casos la participación de terceros de buena fe.

Además de permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano, y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado.

Por lo anteriormente expuesto, le solicito a este Honorable Tribunal se Confirme la sentencia de primera instancia en su totalidad.”

## **ALEGATOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**

“ [...] es dable rememorar que el señor OTTO DE JESUS CHVATAL GOMEZ se encuentra vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad “RAIS” desde el 25 de Abril de 1996, inicialmente con la AFP PROTECCION y posteriormente con la AFP HORIZONTE (Hoy PORVENIR), administradora ésta última a la cual se encuentra actualmente afiliado, vinculación que se produjo por traslado de Régimen. Sobre este punto, resulta importante señalar que este Ministerio desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y, por consiguiente, desconoce la asesoría que las Administradoras antes reseñadas pudieron haberle brindado al señor CHVATAL GOMEZ con el fin de convencerlo de realizar el traslado antes indicado. Lo anterior, dado que la afiliación y/o traslado de las personas entre los regímenes pensionales creados por la Ley 100/93 los determinan por MANDATO LEGAL las Administradoras del Sistema General de Pensiones, sin que la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público TENGA INJERENCIA alguna en la decisión que al respecto adopte el interesado en pertenecer o bien al Régimen de Prima Media o en su defecto, al RAIS.

Se recuerda que por disposición legal (Decreto 4712 de 2008, modificado por el Decreto 192 de 2015) la OBP del MHCP responde ÚNICAMENTE por la 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 vinculación de la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al presente litigio, resulta TOTALMENTE INOFICIOSA al no estar facultada legalmente para pronunciarse respecto de la “eventual” NULIDAD de la vinculación del demandante al RAIS o su “posible” traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

No obstante lo anterior, si consideramos oportuno manifestar al señor Magistrado que los “supuestos” engaños de que fue objeto el señor OTTO DE JESUS CHVATAL GOMEZ por parte de las AFP’S PROTECCION y HORIZONTE (Hoy PORVENIR) y que afirma el apoderado de la parte actora fueron la razón principal que llevaron a su poderdante a concretar su “Traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS”, deben ser plenamente demostrados por el demandante, dado que no basta con el solo hecho de manifestar un posible engaño en la asesoría brindada por el

funcionario del Fondo de Pensiones (sin que exista prueba de ello), para que el Señor Juez decrete la Nulidad de la afiliación al RAIS, más aún, cuando en el caso que nos ocupa dicha Nulidad y por consiguiente, el traslado o retorno del señor CHVATAL GOMEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como se demostrará más adelante, son IMPOSIBLES DE DECLARAR, dada su condición de PENSIONADO POR VEJEZ “ANTICIPADA” del fondo privado de pensiones PORVENIR S.A.

Ahora bien, teniendo en cuenta que sobre lo único que la OBP del MHCP puede pronunciarse en el presente caso es sobre el derecho que tiene el demandante como afiliado VALIDO al RAIS al reconocimiento de un Bono Pensional Tipo A, a continuación, nos permitimos informar al Despacho el estado actual en que se encuentra el proceso de liquidación, emisión y redención de dicho beneficio.

### **EL BONO PENSIONAL DEL SEÑOR OTTO DE JESÚS CHVATAL GÓMEZ**

1.- El señor OTTO DE JESUS CHVATAL GOMEZ se afilió al Régimen de Ahorro Individual (RAIS), administrado por la AFP PROTECCION desde el 25 de Abril de 1996, realizando con posterioridad un TRASLADO DE FONDO vinculándose a la AFP HORIZONTE (Hoy PORVENIR), Administradora a la cual se encuentra afiliado en la actualidad.

2.- El señor OTTO DE JESUS CHVATAL GOMEZ tiene derecho a que se emita en nombre suyo un Bono pensional tipo A modalidad 2 por haberse trasladado al Régimen de Ahorro Individual con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y tener una historia laboral de cotización al ISS o a cajas públicas superior a 150 semanas.

3.- En el Bono Pensional Tipo A Modalidad 2 al que tiene derecho el señor OTTO DE JESUS CHVATAL GOMEZ de acuerdo con la liquidación provisional del Bono Pensional generada por el sistema interactivo en respuesta a la petición ingresada por la AFP PROTECCION el día 28 de Agosto de 1998 y de conformidad con la historia laboral reportada tanto por el ISS (Hoy COLPENSIONES) como por la referida AFP, concurre como emisor la NACION y adicionalmente, participa como contribuyente el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES – ISS (Hoy COLPENSIONES) con su respectivo cupón a cargo. EiAX pWeB MqfS jgTU +0kn vCCK iCM= Validar documento firmado digitalmente en: <http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co>

4.- La fecha de redención normal del bono en mención tuvo lugar el día 26 de Enero de 2005, fecha en que el señor OTTO DE JESUS CHVATAL GOMEZ alcanzó los 62 años de edad. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo

20 del Decreto 1748 de 1995 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones.

5.- La AFP PROTECCION solicitó el 28 de Septiembre de 1998 la Emisión del Bono Pensional en su calidad de representante del señor OTTO DE JESUS CHVATAL GOMEZ, petición que fue atendida por la OBP mediante Resolución No. 259 del 22 de Octubre de 1998. Una vez emitido el bono en comento (Cupón principal a cargo de la Nación y cuota parte ISS), la AFP HORIZONTE (Hoy PORVENIR) a inicios del año 2003 inicia el proceso de negociación del referido beneficio. Lo anterior, para que el afiliado en mención pudiese acceder a la pensión de vejez “anticipada” de que trata el artículo 64 de la ley 100 de 1993.

6.- Con base en lo señalado y de conformidad con la información que aparece registrada en el Sistema interactivo, esta oficina debe informar al Despacho que, la negociación del beneficio en comento fue llevada a cabo en el mercado secundario de valores en el mes de Junio de 2003, lo que hace suponer a esta oficina que por lo menos desde el mes de JULIO DE 2003, el demandante se encuentra disfrutando de una pensión de vejez “anticipada” financiada no solo con los recursos con que contaba en su cuenta de ahorro individual por concepto de aportes a pensión, sino con el valor recibido por la NEGOCIACION DEL BONO PENSIONAL que el mismo autorizó, supuesto que fue RATIFICADO por el mismo apoderado de la parte actora cuando en el hecho SEPTIMO (7º) de su escrito de demanda, en donde afirma que el demandante fue PENSIONADO por la AFP HORIZONTE (Hoy PORVENIR) desde el MES DE JULIO DEL AÑO 2003 en cuantía mensual de \$3.508.394.00.

7.- Sumado a lo anterior, debe tener en cuenta el Señor Juez que, como consecuencia de la negociación del bono pensional del señor OTTO DE JESUS CHVATAL GOMEZ, dicho beneficio quedó en firme desde el momento mismo en que se concretó su negociación, previa autorización por parte del ahora demandante y por intermedio de la AFP HORIZONTE (Hoy PORVENIR), de conformidad con lo establecido en el Artículo 59 del Decreto 1748/951 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones. La precisión en mención, para señalar que dada la firmeza que adquirió el bono pensional del actor, éste NO PUEDE SER ANULADO, NI MUCHO MENOS MODIFICADO O REINTEGRADO en virtud del “improcedente” traslado de Régimen o Nulidad de Afiliación que solicita el señor CHVATAL GOMEZ.

8.- Así mismo, es importante señalar que una vez se causó la fecha de redención normal, esto es, el 26 de Enero de 2005, el bono pensional por efectos de la negociación del mismo, fue pagado por esta oficina a través del DEPOSITO

CENTRALIZADO DE VALORES “DECEVAL” a su legítimo tenedor, tal y como consta en la Resolución No. 2650 de Enero de 2005.

9.- Las precisiones anteriores para señalar al Despacho que, NO RESULTA LEGALMENTE VALIDO el que ahora el demandante, después de transcurridos más de QUINCE (15) AÑOS del reconocimiento de la Pensión de Vejez Anticipada por parte de la AFP HORIZONTE (Hoy PORVENIR), financiada con los recursos de un bono pensional que fue negociado y que por consiguiente se encuentra EN FIRME, disfrutando de la misma durante el mismo lapso de tiempo, pretenda desconocer abiertamente su condición de PENSIONADO DEL RAIS alegando “supuestos” engaños en el proceso de afiliación al Fondo Privado, mismos que en nuestro concepto quedaron “saneados” desde el momento en que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez anticipada y AUTORIZÓ POR ESCRITO a la AFP HORIZONTE (Hoy PORVENIR) para negociar su bono pensional a efectos de completar el capital requerido para el financiamiento de dicha prestación, para obtener un “eventual” traslado de Régimen, más aún, cuando la normatividad actual solo prevé esta posibilidad para aquellas personas que en su condición de AFILIADOS no PENSIONADOS, cumplan con los requisitos de ley para solicitar “válidamente” dicho traslado.

### **IMPROCEDENCIA DEL TRASLADO POR OSTENSIBLE VIOLACIÓN JURISPRUDENCIAL**

La totalidad de los Magistrados que integran la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, quienes mediante sentencia SL373-2021 de fecha 10 de Febrero de 2021, Radicación No. 84475, Magistrada Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, al NEGAR la nulidad de la afiliación al RAIS de un PENSIONADO de dicho Régimen, sostuvieron entre otras cosas lo siguiente:

*“... Ahora bien, aunque el cargo es fundado en cuanto a la inobservancia del deber de información, la Corte no casará la sentencia del Tribunal porque en sede de instancia llegaría a la misma conclusión absoluta, pero por otras razones.*

*Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.*

*PARA LA CORTE LA RESPUESTA ES NEGATIVA, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que 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)<sup>1</sup>, 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 CONSEGUENTE, 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.*

*En el caso bajo examen, a Cárdenas Gil Protección S.A. le otorgó la pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado, desde el año 2008, es decir, de manera anticipada. La pensión se financió con el bono pensional pagado el 19 de diciembre de 2008 por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por un monto de \$156.674.927. Estas circunstancias denotan que el demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado de manera anticipada, prestación que a su vez fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende...”. Negritas, mayúsculas y subrayas ajenas al texto original*

Todos los argumentos previamente descritos, llevaron a la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral a RECONSIDERAR la posición que dicha corporación para esta clase de situaciones (Nulidad de afiliación al RAIS de PENSIONADOS), venía manteniendo desde años atrás, dejando claramente establecido en la parte final de la sentencia en mención, lo siguiente:

*“... Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado...” Subraya ajena al texto original*

**• IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA POR OSTENSIBLE VULNERACION NORMATIVA**

Lo expuesto anteriormente, tiene su fundamento jurídico en los siguientes preceptos legales:

- El literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 2º de la ley 797 de 2003, al señalar las características del Sistema General de Pensiones, establece:

*ARTICULO 13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:*

e) LOS AFILIADOS AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES PODRÁN ESCOGER EL RÉGIMEN DE PENSIONES QUE PREFIERAN. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial.

- Por su parte, el Artículo 15 del Decreto 692 de 1994, hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones, al referirse al tema de los traslados de régimen, señala expresamente lo siguiente:

Artículo 15. Traslado de régimen pensional. Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, LOS AFILIADOS no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior.

- A su turno, el Artículo 87 de la Ley 100 de 1993, al hacer referencia a la movilidad entre planes de financiación en el RAIS, consagra:

ARTICULO 87. Planes Alternativos de Capitalización y de Pensiones. LOS AFILIADOS AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD podrán optar por planes alternativos de capitalización, que sean autorizados por la Superintendencia Bancaria.

- Por último, el Artículo 107 ibídem, determinó en relación con los cambios de planes de capitalización o de pensiones y de entidades Administradoras, lo siguiente:

ARTICULO 107. Cambio de Plan de Capitalización o de Pensiones y de Entidades Administradoras. TODO AFILIADO AL RÉGIMEN Y QUE NO HAYA ADQUIRIDO LA CALIDAD DE PENSIONADO, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, O TRASLADARSE A OTRA ENTIDAD ADMINISTRADORA.

Vale la pena indicar que la expresión “y que no haya adquirido la calidad de pensionado” contenida en el Artículo 107 de la Ley 100/93, antes transcrito, fue declarada EXEQUIBLE por la Honorable Corte Constitucional a través de la Sentencia C-841/03 (Antes citada) al considerar dicha corporación que la restricción del traslado de la cuenta de ahorro pensional de quienes ya han adquirido la calidad de pensionados resulta efectivamente conducente para alcanzar fines legítimos e importantes, fines que en criterio de esta oficina, van estrechamente ligados al principio de sostenibilidad financiera del sistema. La sentencia en comento, en algunos de sus apartes, señala lo siguiente:

“Por lo anterior, encuentra la Corte que la restricción al traslado de la cuenta individual de ahorro pensional una vez se ha adquirido la calidad de pensionado, resulta

*efectivamente conducente para garantizar la eficiencia de los servicios administrativos y financieros que ofrecen las entidades administradoras a sus afiliados, cualquiera que sea la modalidad de pensión que se adquiera.*

*Además, es importante resaltar que la Ley 100 de 1993 ha previsto mecanismos adicionales para proteger los aportes del afiliado y una gestión administrativa y financiera mínima por parte de las entidades administradoras de pensiones. Aun cuando estos medios de protección no están dirigidos a garantizar que el pensionado obtenga el mejor servicio posible ni a obtener una mayor rentabilidad, sí impiden que una mala gestión administrativa y financiera por parte de la administradora de pensiones ponga en riesgo el mínimo vital del pensionado. En efecto, la vigilancia de la gestión de las administradoras de pensiones por la Superintendencia Bancaria, el reconocimiento de una rentabilidad mínima, la existencia de FOGAFIN para garantizar el pago de pensiones en caso de deterioro patrimonial, el reconocimiento de intereses moratorios sobre mesadas pensionales atrasadas, entre otros mecanismos, están dirigidos a establecer un mínimo de protección, estabilidad y rentabilidad a los pensionados.*

**Por lo anterior, la limitación del traslado de la cuenta de ahorro pensional cuando se ha adquirido la calidad de pensionado, resulta efectivamente conducente para el logro de los fines de eficiencia administrativa y financiera de las entidades administradoras y de sostenibilidad y rentabilidad del sistema. Por esa razón, la Corte declarará la constitucionalidad de la expresión “y que no haya adquirido la calidad de pensionado” contenida en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993”.**  
Se ha destacado

De acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia antes transcritas podemos concluir que, la posibilidad de solicitar un traslado de Régimen Pensional solo ésta consagrada para quienes tienen la condición de AFILIADOS AL SISTEMA, entendiéndose por “afiliado” aquella persona que no ha consolidado una situación pensional, requisito que como se evidencia en este caso NO se presenta, dado que como lo indica el mismo apoderado judicial en su escrito de demanda, el señor OTTO DE JESUS CHVATAL GOMEZ disfruta de una pensión de vejez “anticipada” (bono negociado y en firme) desde el mes de Julio del año 2003.

Con lo antes reseñado, queda plenamente demostrado que las pretensiones del demandante en el presente Proceso Ordinario Laboral, están llamadas a fracasar, dado que considerar siquiera posible por parte del Despacho el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, cuando éste adquirió el STATUS DE PENSIONADO del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad “RAIS” desde hace más de QUINCE (15) AÑOS y bajo la modalidad de pensión “anticipada”, para la cual de conformidad con lo establecido en el Artículo 12 del Decreto 1299 de 19942, resulta indispensable la “negociación” del Bono Pensional, además de contrariar la normatividad vigente en la materia, la cual solo establece esta posibilidad para aquellas personas que tienen la calidad de AFILIADOS, conllevaría un DETRIMENTO PATRIMONIAL A LOS

RECURSOS DE LA NACIÓN, dado que como se indicó anteriormente, la OBP una vez causada la fecha de redención normal del bono pensional (26 de Enero de 2005) QUE FUE PREVIAMENTE NEGOCIADO, procedió como lo ordena la normatividad vigente en la materia, a pagar a su legítimo tenedor (comisionista) el valor que dicho bono pensional alcanzó para la fecha en comento, sin que hoy en día sea posible el entrar a recuperar la suma cancelada al tercero tenedor de buena fe y mucho menos, el adelantar un proceso de ANULACION o REINTEGRO del bono en mención, por encontrarse el mismo en FIRME como consecuencia de su negociación en el mercado secundario de valores, procedimiento que fue DEBIDAMENTE AUTORIZADO POR EL DEMANDANTE y que hoy pretende desconocer.

No sobra poner de presente que para efectos de liquidar, emitir, expedir y redimir (pagar) el bono pensional del actor, se tuvo en cuenta la historia laboral de cotizaciones al ISS, reportada en su momento por dicho instituto a esta oficina a través del archivo laboral masivo, en donde aparecen incluidas la totalidad de semanas cotizadas a favor del señor CHVATAL GOMEZ hasta antes de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), tiempos por los cuales YA LE FUE RECONOCIDO el beneficio del Bono Pensional que establece el Artículo 115 de la Ley 100/93, mismo que el demandante de manera LIBRE Y VOLUNTARIA decidió negociar a efectos de acceder a la Pensión de Vejez “Anticipada” de que trata el artículo 64 ibidem y de la cual como se ha venido señalando, disfruta desde el mes de Julio del año 2003.

Lo expuesto en precedencia para indicar que si el deseo del demandante era el de obtener un eventual retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el fin de obtener una Pensión de Vejez con Colpensiones, que en su concepto le resultaría más favorable que la otorgada por la AFP HORIZONTE (Hoy PORVENIR) en el año 2003, debió entonces abstenerse de NEGOCIAR el bono pensional y por ende de solicitar el reconocimiento de la Pensión de Vejez “anticipada” ante dicha AFP, bajo el entendido que como lo disponen los preceptos legales antes transcritos, la posibilidad de solicitar traslados de Régimen y/o de administradoras de pensiones, solo está contemplada para las personas que ostentan la condición de AFILIADOS, más no para aquellos que como en el caso que nos ocupa, HAN ADQUIRIDO LA CALIDAD DE PENSIONADOS, pues estos últimos YA HAN CONSOLIDADO UNA SITUACION PENSIONAL y por consiguiente, han RATIFICADO su afiliación a la Entidad Administradora que asumió el reconocimiento y pago del beneficio pensional otorgado.

## **NECESIDAD DE ANULAR EL BONO PENSIONAL Y REINTEGRAR A LA NACIÓN EL VALOR**

Ahora bien, si a pesar de los argumentos legales expuestos anteriormente, la H. Sala decide apartarse de la posición adoptada por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral para esta clase de litigios y por consiguiente, considera viable la solicitud de nulidad de afiliación al RAIS y el consecuente retorno de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, la OBP debe ser ENFÁTICA en señalar que, PREVIO A EFECTUARSE DICHO TRASLADO, el señor en mención o en su defecto la AFP PORVENIR, deben REINTEGRAR A LA NACIÓN (Ministerio de Hacienda y Crédito Público) los valores que fueron reconocidos y pagados al comisionista (tenedor del título previamente negociado) por concepto de Bono Pensional Tipo “A”, los cuales ascendieron a las sumas de NOVECIENTOS VEINTISEIS MILLONES SETENTA Y NUEVE MIL PESOS MCTE (\$926.079.000.00) por concepto de cupón principal y TREINTA MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS MCTE (\$30.588.000.00) por concepto de cuota parte a cargo del ISS (Hoy COLPENSIONES), sumas que deben ser reintegradas debidamente actualizadas (IPC) desde la fecha de pago (26 de Enero de 2005) hasta el momento en que se realice el respectivo reintegro.

Lo anterior, dado que dicho beneficio es reconocido ÚNICA y EXCLUSIVAMENTE a las personas que se encuentran afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), régimen al cual de darse la situación planteada, YA NO PERTENECERÍA EL DEMANDANTE, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995, concordado con el Artículo 57 del referido Decreto, modificado por el Artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, inciso 2º hoy recopilados en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones, el cual señala:

*“Inciso 2º del Artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 que modificó el Artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado a su vez por el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997,*

*(...) Cuando un afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que cuenta con tiempos como servidor público, anteriores a su afiliación con el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decida trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se expedirá un bono pensional Tipo B, o se realizará el reconocimiento de la cuota parte pensional según el caso, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 13 de 2001, por el tiempo como servidor público comprendido hasta la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siendo, responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones el traslado al ISS de los recursos abonados en la cuenta de*

*ahorro individual y de la historia laboral del afiliado mes a mes, durante el tiempo en que estuvo afiliado al Régimen de Ahorro Individual. SI EVENTUALMENTE SE HUBIERE EMITIDO UN BONO TIPO A, ESTE SE ANULARÁ. (...)*” Se ha destacado

Vale la pena señalar que, en cuanto al tema del REINTEGRO o RESTITUCION del bono pensional Tipo “A” a la entidad que lo haya emitido y pagado, en caso de ordenarse un traslado a Colpensiones o una nulidad de afiliación al RAIS, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral – Sala de Descongestión No. 2, en sentencia SL4593 de fecha 09 de noviembre de 2020, señaló claramente lo siguiente.

“... en cuanto al argumento de la alzada de que la condena de devolución de los aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, no es viable porque no puede devolver un bono pensional que no ha recibido y porque la consecuencia legal de la declaratoria de inexistencia del acto jurídico de afiliación «sería la declaratoria de nulidad del bono», BASTA CON DECIR QUE LA CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMENES PENSIONALES, SIGNIFICA QUE SE ENTIENDA COMO SI LA PERSONA JAMÁS SE HUBIERA CAMBIADO DE RÉGIMEN, POR LO QUE RESULTA ACERTADO LA DEVOLUCIÓN DE TODO AQUELLO QUE HUBIERA RECIBIDO LA AFP DE PARTE DE LA AFILIADA, como cotizaciones, BONOS PENSIONALES, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, EN EL ENTENDIDO OBVIO, QUE SI SE RECIBIÓ DINERO COMO CONSECUENCIA DE LA REDENCIÓN DE UN BONO PENSIONAL, LO TENDRÁ QUE RESTITUIR, pues de lo contrario, esto es, si como alega la parte recurrente, no lo ha recibido, es lógico que nadie devuelve lo que no ha entrado a su patrimonio...” Se ha destacado

En este contexto, factico, normativo y jurisprudencial, respetuosamente reitero la solicitud de confirmar en lo que atañe con mí representada el fallo objeto de apelación.”

## **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

“Honorables Magistrados, solicito respetuosamente que, teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en el desarrollo del proceso, se confirme el fallo de primera instancia, esto es, que se absuelva a la Administradora Colombiana de Pensiones, de las pretensiones requeridas en la demanda relativas a la declaratoria de ineficacia del traslado que hiciera el demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, inicialmente a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., el 25 de abril de 1996, posteriormente a PORVENIR S.A., el 28 de septiembre de 1999 y, finalmente, a HORIZONTES, hoy PORVENIR, el 27 de noviembre de 2000. De acuerdo con lo analizado en primera instancia, conforme a la prueba recaudada dentro del desarrollo del proceso de la referencia y el fallo emitido por el *a quo*, quedó demostrado que, el señor OTTO DE JESÚS CHVATAL GÓMEZ solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, y la

cual le fue reconocida a partir del 01 de julio de 2003, otorgada por AFP PORVENIR. En este punto y, respecto a la declaratoria de ineficacia debe decirse que, al encontrarse actualmente el demandante del beneficio prestacional otorgado por la entidad codemandada, PORVENIR S.A., se evidencia un nuevo acto jurídico frente al cual podría aplicarse el análisis realizado por el Tribunal Superior de Medellín, para los casos en los que se pretende el traslado de régimen de las personas ya pensionadas. En esta línea, el Superior Jerárquico, en sentencia de unificación del 14 de mayo de 2019, radicado 05001310500720150129501, M.P. Orlando Antonio Gallo Isaza, determinó:

***“... Viene a colación la referencia al consecuencialismo, porque resultaría posible darle continuidad a lo razonado por la Sala Laboral de la Corte para declarar la ineficacia de los traslados al RAIS en el caso de los afiliados y hacerlo extensivo a quienes ya se han pensionado en los fondos privados. Probablemente necesitaría un menor esfuerzo argumentativo plegarse a las razones de nuestro tribunal de cierre y seguir fallando en cascada idénticamente los casos de afiliados y de pensionados.*”**

*Pero las calidades de afiliado y pensionado ya han sido deslindadas por la Corte Constitucional, precisamente en un fallo con un claro enfoque consecuencialista. Al examinar la exequibilidad del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, que limitaba la posibilidad de los pensionados de trasladarse entre administradoras, (...) profirió la sentencia C-841 de 2003, en la cual (...) encontró (...) que los fines perseguidos por el legislador eran legítimos e importantes, en tanto:*

*“Tal como se señaló anteriormente, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 busca alcanzar al menos dos fines claramente identificables: (i) garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente de los recursos del régimen de pensiones de ahorro individual con solidaridad; y (ii) asegurar la estabilidad financiera y la rentabilidad de las inversiones de la entidad administradora o aseguradora. Estos dos fines están estrechamente ligados a los fines constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad que orientan la prestación y ampliación de la cobertura de la seguridad social, en general, y del sistema general de pensiones, en particular. Por ello, garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente y asegurar la estabilidad y la sostenibilidad del sistema, constituyen fines legítimos y constitucionalmente importantes para un Estado Social de Derecho como el colombiano.” (Resaltos propios) Y continúa:*

***“Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado.*”**

*(...)*

*Es plausible que la diferenciación de las calidades de afiliado y pensionado a partir de los argumentos que se han expuesto y de toda la legislación que claramente los diferencia, verbi gratia, los artículos 13, literales b), e) y d); 87, 115 y 117 de la Ley 100*

de 1993; permita apartarse del precedente de la Sala Laboral de la Corte sobre ineficacia de la afiliación, entendiendo que se está ante universo fáctico diverso cuando se trata de ciudadanos que ya se han pensionado.

Este Tribunal, a través de su Sala Primera de Decisión Laboral, con ponencia del Magistrado Hugo Alexander Bedoya Díaz, realizó una fértil distinción entre el momento de la afiliación y aquel en que se empieza a disfrutar la pensión, que refuerza la razonabilidad del enfoque que en el caso que nos ocupa (...) con radicado 00873, proferida el 18 de septiembre de 2018, que constituye un comienzo de precedente horizontal:

*“Ahora, retrotrayéndonos al estudio de la improcedencia de que se declare la inexistencia del traslado en este caso en particular, la sala se remite a la sentencia SL17595-2017 con radicado 46.292 MP Dr. Fernando Castillo Cadena en donde en forma concreta se dijo “... Así, en el asunto bajo escrutinio, brillan por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (...)”, **entendiéndose con este último aparte de la providencia que si la información exigida data desde antes de la afiliación y hasta las condiciones del disfrute de la pensión, ello implica, que una vez reconocida la pensión de vejez esa falta de información se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico adelantado por la afiliada y que corresponde a la solicitud de la pensión de vejez a la sociedad Porvenir S.A y al reconocimiento y pago de la prestación económica, pues solo tenía la posibilidad de alegar la falta de información previo al disfrute de la prestación económica y no con posterioridad a ella, como ocurre en este evento.**” (Resaltos propios)*

Así mismo, mediante sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo se determinó:

*“... Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.*

*Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que 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*

*(...)*

*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.*” (Subrayas Propios)

Por lo expuesto, podría predicarse que declarar una ineficacia en casos como el presente, también conllevaría a un desbalance económico poniendo en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema, máxime cuando en el caso concreto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales, autorizó el pago del Bono Pensional, en cabeza del señor CHVATAL GÓMEZ, por lo que sería imposible jurídicamente, retrotraer tales actuaciones sin ocasionar un detrimento al Sistema General de la Seguridad Social, especialmente si se tiene en cuenta que el demandante ha gozado de tal beneficio prestacional por 17 años. Tal y como lo mencionó el Juez de instancia, la declaratoria de ineficacia opera cuando se trata de personas quienes ostentan la calidad de afiliados conforme a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 y, en este caso, se está frente a una persona pensionada quien se encuentra disfrutando los beneficios propios que se le proporcionaban por encontrarse afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo es la mesada pensional anticipada, prestación que solicitó inicialmente y que es completamente excluyente con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, encontrándose entonces frente a la aceptación de un nuevo contrato jurídico.

Por lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta que mi representada acudió al proceso laboral como demandada, en virtud de la negativa de acceder a la solicitud de la parte actora bajo la égida de la normatividad vigente y la documental aportada con la solicitud, respetuosamente reitero la petición a su Despacho que se confirme la sentencia emitida por el *a quo* absolviendo a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo expuesto al inicio de este escrito.”

## **6. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:**

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si es legalmente procedente declarar la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, y si de ser procedente la referida ineficacia, debe ordenarse a PORVENIR S.A. que anule la pensión de vejez en retiro programado reconocida al actor, y condenarse a

COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición, de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

En caso afirmativo, habrá de establecerse si como se solicita por parte de PORVENIR S.A. en la demanda de reconvención, hay lugar a ordenar al demandante la devolución de las mesadas pensionales y los excedentes de libre disponibilidad que al decir de esta AFP le ha cancelado actor hasta la fecha.

Tramitado el proceso en legal forma, y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la consulta de la sentencia de primera instancia, conforme a lo dispuesto en el Art. 69 del CPT y de la SS, modificado por el art. 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

## **7. CONSIDERACIONES:**

De conformidad con lo dispuesto el art. 69 del CPT y de la SS, además de resolverse la apelación de PORVENIR S.A., se consultará la sentencia en favor del DEMANDANTE por haberle resultado totalmente adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

A través de la presente acción judicial, el demandante pretende se declare la ineficacia de su afiliación al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad, ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y como consecuencia se ordene a PORVENIR S.A. anular la pensión de vejez que le reconoció en el año 2003 y se condene a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición, de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

Para resolver el grado jurisdiccional de consulta, ha de señalarse en primer lugar que, como lo señaló la *a quo*, y lo confesó el demandante en el hecho SEPTIMO de la demanda, en este asunto se presenta una situación especial, referida a que al demandante se le reconoció por parte de HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., pensión de vejez anticipada en la modalidad de retiro programado, a partir del mes de julio de 2013, en cuantía de \$3.508.394, situación que además se encuentra acreditada con los documentos obrantes a folios 54 a 83, 215 y 216 del expediente digitalizado.

Teniendo en cuenta lo anterior, tal como lo manifestó el Juez de primera instancia, encuentra pertinente la Sala acoger, una vez más, la sentencia de unificación proferida por la Sala Especializada Laboral de este Tribunal el 14 de agosto del año 2019, en el proceso con radicado 05001-31-05-007-2015-01295-01, Magistrado ponente ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, en observación a lo previsto en el inciso último del artículo 35º del Código General del Proceso, concordante con el también último inciso del artículo 10º del Acuerdo PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017 del Consejo Superior de la Judicatura, con la que se fijó precedente judicial unificado con relación a la ineficacia del traslado de régimen de quien ostente la calidad de pensionado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, providencia en la que se anotó lo siguiente:

*“Este universo fáctico descrito por la Corte no incluye a los pensionados, pues aunque una de las sentencias fundadoras de esta línea trató de un pensionado que se trasladó a PORVENIR, se trata de un caso disanalógico, no inscrito en el precedente, por cuanto se trataba de una persona expresamente excluida del régimen de ahorro individual, al tener más de 55 años a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, estando inmerso en el contenido del ordinal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993.*

(...)

*Pero las calidades de afiliado y pensionado ya han sido deslindadas por la Corte Constitucional, precisamente en un fallo con un claro enfoque consecuencialista. Al examinar la exequibilidad del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, que limitaba la posibilidad de los pensionados de trasladarse entre administradoras, la Corte arguyó lo que se esbozará enseguida. Esta es la disposición: Art. 107. CAMBIO DE PLAN DE CAPITALIZACIÓN O DE PENSIONES Y DE ENTIDADES ADMINISTRADORAS. Todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, o trasladarse a otra entidad administradora.*

(...)

*Tal como se señaló anteriormente, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 busca alcanzar al menos dos fines claramente identificables: (i) garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente de los recursos del régimen de pensiones de ahorro individual con solidaridad; y (ii) asegurar la estabilidad financiera y la rentabilidad de las inversiones de la entidad administradora o aseguradora.*

*Estos dos fines están estrechamente ligados a los fines constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad que orientan la prestación y ampliación de la cobertura de la seguridad social, en general, y del sistema general de pensiones, en particular. Por ello, garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente y asegurar la estabilidad y la sostenibilidad del sistema, constituyen fines legítimos y constitucionalmente importantes en un Estado Social de Derecho como el colombiano.*

(...)

*Es plausible que la diferenciación de las calidades de afiliado y pensionado a partir de los argumentos que se han expuesto y de toda la legislación que claramente los diferencia, verbi gratia, los artículos 13, literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993, permita apartarse del precedente de la Sala Laboral de la Corte sobre ineficacia de la afiliación, entendiendo que se está ante universo fáctico diverso cuando se trata de ciudadanos que ya se han pensionado.*

*Este Tribunal, a través de su Sala Primera de Decisión Laboral, con ponencia del Magistrado Hugo Alexander Bedoya Díaz, realizó una fértil distinción entre el momento de la afiliación y aquel en que se empieza a disfrutar la pensión, que refuerza la razonabilidad del enfoque que en el caso que nos ocupa. Dice así la providencia, con radicado 00873, proferida el 18 de septiembre de 2018, que constituye un comienzo de precedente horizontal:*

*Ahora, retrotrayéndonos al estudio de la improcedencia de que se declare la inexistencia del traslado en este caso en particular, la sala se remite a la sentencia SL17595-2017 con radicado 46.292 MP Dr. Fernando Castillo Cadena en donde en forma concreta se dijo "... Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (...)", entendiéndose con este último aparte de la providencia que si la información exigida data desde antes de la afiliación y hasta las condiciones del disfrute de la pensión, ello implica, que una vez reconocida la pensión de vejez esa falta de información se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico adelantado por la afiliada y que corresponde a la solicitud de la pensión de vejez a la sociedad Porvenir S.A y al reconocimiento y pago de la prestación económica, pues solo tenía la posibilidad de alegar la falta de información previo al disfrute de la prestación económica y no con posterioridad a ella, como ocurre en este evento.*

*Por último, ha de reiterarse por esta Sala que sostener la tesis de la ineficacia de la afiliación para pensionados del régimen de ahorro individual es un camino que puede conducir a situaciones del todo insostenibles, por cuanto la consolidación de ese nuevo estatus supone en muchos casos la participación de terceros de buena fe, como cuando se ha optado por pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia y se ha contratado con una aseguradora su pago. Las palabras de la Corte Constitucional, en la mentada sentencia C-841 de 2003, acuden con autoridad para esclarecer ese reductio ad absurdum. (...)*

Así mismo, ha de señalarse que, en la Sentencia de Unificación antes citada, se trae a colación, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que establece, que la obligación de la AFP no se ciñe solamente a la antesala del traslado, sino también: *"durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*, norma que permite inferir que una vez solicitada la prestación económica de vejez ante la AFP y obtenido el disfrute de la misma, la falta de información en el traslado inicial entre regímenes pensionales se refrendaría o convalidaría, ya que se trata de un nuevo acto jurídico acaecido en este caso, el 11 de junio de 2003, fecha en la cual la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. notificó al demandante sobre el reconocimiento de la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, tal como se deduce del documento de folios 215 del plenario, y le informó desde ese mismo momento que su mesada pensional para junio de 2003 ascendería a la suma de \$3.508.394 y que le cancelaría 14 mesadas pensionales al año, situación que efectivamente se concretó según se advierte de los documentos obrantes a folios 54 a 83 y 216, aspectos que no puede pasar por alto esta superioridad, pues en los documentos referenciados se plasma la voluntad del accionante de acceder a la pensión de vejez del RAIS.

En el caso del actor la pensión se financió con los ahorros existentes en la cuenta de ahorro individual y con el bono pensional negociado en el mercado secundario de valores en el mes de junio de 2003 como se evidencia del comprobante de liquidación de operación obrante a folio 207, suscribiendo un nuevo acto jurídico con efectos particulares y concretos, razón por la cual, una vez comenzó el disfrute pensional a partir del 18 de junio de 2003 (folio 216), adquirió el actor plenamente la calidad de pensionado, y por ende, siguiendo el criterio jurisprudencial sentado por este Tribunal se hace improcedente la declaratoria de ineficacia deprecada en la demanda.

Esta posición fijada por este Tribunal ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Corporación en reciente sentencia SL 373 de 2021, en la que abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado en el RAIS, de la siguiente manera:

*“Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de COLFONDOS S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.*

*Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que 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.”*

En razón a las consideraciones de hecho y derecho expuestas en precedencia, se confirmará en esta instancia la decisión del Juez de primera instancia de negar la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante al RAIS y por ende el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, al igual que la decisión de despachar de manera desfavorable la demanda de reconvención presentada por PORVENIR S.A., debiéndose manifestar en este punto de la decisión, que para la Sala resulta de recibo la solicitud presentada por el apoderado de PORVENIR S.A. en su recurso de apelación, encaminada a que se revoque la condena en costas impuesta en primera instancia en contra de dicha entidad, derivada de la decisión de negar la demanda de reconvención, en razón a que, si bien el artículo 365

del CGP dispone que debe condenarse en costas a quien resulte vencido en el proceso, en el caso de la demanda de reconvención propuesta por PORVENIR S.A. no puede concluirse que dicha AFP haya resultado vencida en el proceso, pues el análisis en este caso de la demanda de reconvención, dependía, en todo caso, de la prosperidad de la pretensión de ineficacia de traslado, la cual fue despachada de manera desfavorable por el *a quo*, debiéndose concluir que frente a la demanda de reconvención no debió siquiera ser decidida, y por lo tanto, técnicamente no puede tenerse a PORVENIR S.A. como vencido en dicho proceso, motivo por el cual se revocará en esta instancia la condena en costas impartida por el Juez de primera instancia en contra de PORVENIR S.A. dentro de la demanda de reconvención.

Ahora, en lo que tiene que ver con la pretensión encaminada a que se condene a PROTECCIÓN S.A. al pago de la indemnización de perjuicios en favor del demandante, cuantificados en el valor que debió haber percibido como mesada pensional en caso de permanecer en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, la cual fue despachada de manera negativa por el *a quo*, y que se revisa en esta instancia en consulta en favor del demandante, ha de señalarse que si bien no se discute el hecho que de haber permanecido el demandante afiliado al RPM su pensión de vejez habría sido liquidada con base en las normas del Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, lo cierto es que no acreditó la parte demandante que la mesada pensional en el RPM habría sido superior a la que le correspondía en el RAIS, debiendo hacer énfasis la Sala en que el valor de la mesada pensional del demandante en el RAIS para el año 2003 se vio disminuida por su propia decisión de acceder a los excedentes de libre disponibilidad, lo cuales le fueron reconocidos en cuantía de \$205.253.750 como se puede apreciar de documento obrante a folio 211 del expediente, de tal manera que de existir alguna diferencia en la mesada pensional, la misma al menos en parte, tendría su origen en la decisión del demandante de solicitar los referidos excedentes.

En todo caso, si en gracia de discusión se aceptara que existe alguna diferencia en las mesadas pensionales en uno y otro régimen, que existió incumplimiento del deber de información por parte del asesor de PROTECCIÓN S.A. y que existe un nexo causal entre el incumplimiento de dicho deber de información y el menor valor percibido por el demandante como mesada pensional, lo cual se repite, no se acreditó en este proceso, la Sala tendría que despachar de manera desfavorable la pretensión de indemnización de perjuicios, pues frente a la posibilidad la demandada PROTECCIÓN S.A. al dar respuesta al libelo, propuso a folios 320, la excepción de prescripción.

A juicio de la Sala, la acción para demandar la indemnización de perjuicios que nos ocupa, en el marco de las acciones judiciales laborales, prescribe en el término de los tres (3) años que establece el Art. 151 del CPT y la SS., término que se debe contar, desde la fecha que el afiliado al RAIS, supo o debió saber que sufriría perjuicio respecto del monto de la pensión con su traslado al RAIS.

En el caso del accionante, como ya se anotó en precedencia, conforme al documento que milita a folios 205, se prueba que HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. le brindó al demandante información que le permitió conocer los montos de la mesada pensional que recibiría en el RAIS en diferentes edades, tanto en la modalidad de retiro programado como en renta vitalicia, con y sin el pago de excedentes de libre disponibilidad, documento que está fechado al 27 de mayo de 2003, por lo que el actor tenía plazo hasta el 26 de mayo de 2006 para demandar la indemnización de perjuicios, sin embargo la demanda fue presentada el 06 de febrero de 2017, conforme se anota a folio 16 del expediente digitalizado, en el sello de recibido de la oficina judicial de Medellín, por lo que a esta fecha, se encontraba prescrita la acción para demandar la referida indemnización de perjuicios, por lo que así se declarará en este proceso.

Y es que si en gracia de discusión, no se tuviera en cuenta como fecha de inicio de contabilización del termino de prescripción el momento de dicha proyección pensional realizada por HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., sino la fecha del reconocimiento de la pensión en el RAIS, conforme lo dispuesto por la SCL de la CSJ en la sentencia SL373-2021, arribaría esta superioridad a la misma conclusión, en tanto la pensión de vejez en el RAIS le fue reconocida a la demandante mediante comunicado del 11 de junio de 2003, y pagada a partir del 18 de junio de 2003, por lo que para el 06 de febrero de 2017 en que se radicó la presente demanda, ya había operado el fenómeno de la prescripción y por tanto le había fenecido toda posibilidad de reclamar la indemnización de perjuicios.

Finalmente, en relación a la pretensión de indemnización del perjuicio derivado de la obligación contraída con el abogado para reversar su situación pensional, la cual asciende a un 30% de las pretensiones reconocidas, tal condena no es procedente por las siguientes razones:

En primer lugar, la Ley ha previsto para quien resulte vencedor en el proceso, la condena en costa en contra del vencido, lo que, a juicio de la sala, constituye conforme

la Ley la indemnización de perjuicios de manera objetiva y tarifada, y por ello, no es posible solicitar otro tipo de indemnización al respecto.

Ahora, si en gracia a discusión, la indemnización de perjuicios por pago de honorarios de abogado fuera procedente, el actor no ha probado en este proceso, que le haya efectuado pago alguno a su apoderado por honorarios profesiones, pues solo obra en el plenario a folios 119 y 120 el contrato de prestación de servicios profesionales, en el que se anota, que el contratante pagará al contratista el 30% del total del derecho que le llegare a corresponder o en su defecto el valor de la primera mesada pensional, lo que requiere indefectiblemente la finalización del proceso, por lo que no existe a la fecha prueba de que se haya efectuado algún tipo de pago por concepto de honorarios.

Respecto de la necesidad de haber probado el pago de honorarios, para que estos se puedan eventualmente tener como perjuicios, se pronunció el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, en la Sentencia 2008-00275 de agosto 26 de 2019 en los siguientes términos:

*“José Wilson Guerra Fragozo intervino en la defensa de Mario José Cataño Ortega en el proceso penal (fls. 78 y 79, cdno. 3) y declaró que acordó \$ 10'000.000 por honorarios con el demandante Cataño Ortega y que recibió su pago en dos contados (fls. 261-262, cdno. 3) sin especificar quién hizo el pago y tampoco acompañó prueba alguna del mismo. Como no se demostró el pago por concepto de honorarios profesionales, se negará este perjuicio.”*

Pero, es más, también ha precisado el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C, en la Sentencia 2009-00196/49353 de octubre 28 de 2019, lo siguiente:

*“Vale la pena hacer referencia en este punto que en reciente sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sección Tercera el 18 de julio de 2019<sup>(56)</sup>, se unificó, entre otros temas, el reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente derivado del pago de honorarios, en efecto en dicha oportunidad se refirió lo siguiente:*

*“(…)*

*Tratándose del reconocimiento del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales del abogado que intervino en defensa de quien fue privado injustamente de la libertad, esta Sección ha admitido como prueba de ese perjuicio la documental consistente en los recibos de pago que dan cuenta de la cancelación de los honorarios profesionales<sup>(57)</sup> y, en su defecto, las certificaciones emitidas por los profesionales del derecho, acerca del pago de sus honorarios<sup>(58)</sup>.*

*Sin embargo, debe recordarse que el artículo 615 del Estatuto Tributario dispone que las **personas que ejercen profesionales liberales**, es decir, profesiones en las cuales “... **predomina el ejercicio del intelecto**, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico”<sup>(59)</sup>, **están obligadas a “... expedir factura o documento equivalente,***

*y conservar copia de la misma **por cada una de las operaciones que realicen**, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”.*

*En virtud de lo anterior, debe entenderse que, como el **derecho es una profesión liberal, quienes lo ejercen están obligadas a expedir la respectiva factura o su documento equivalente** (el cual debe satisfacer los requisitos previstos en el artículo 617 del mismo estatuto<sup>(60)</sup>); por tanto, si los abogados están obligados a expedir una factura por el valor de sus honorarios profesionales, es dable concluir que ésta es la prueba idónea del pago.*

*Así, en armonía con las referidas normas tributarias, en los eventos de privación injusta de la libertad, cuando el demandante pretenda obtener la indemnización del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales cancelados al abogado que asumió la defensa del afectado directo con la medida dentro del proceso penal, quien haya realizado el pago deberá aportar: i) la prueba de la real prestación de los servicios del abogado y ii) la respectiva factura o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y la prueba de su pago, de suerte que, si solo se aporta la factura o solo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida por concepto de este perjuicio.*

Ahora, si se prueba la prestación de los servicios por parte del abogado y se aportan tanto la factura como la prueba de su pago, pero no coinciden los valores expresados en ambos, se reconocerá por este concepto el menor de tales valores.

En todo caso, dada la naturaleza cierta y personal de este tipo de perjuicio, la indemnización por concepto del daño emergente por pago de honorarios profesionales sólo se reconocerá en favor del demandante que lo pida como pretensión indemnizatoria de la demanda, quien, además, deberá acreditar idóneamente, conforme a lo dicho en precedencia, que, en efecto, fue quien realizó el pago”.<sup>(61)</sup>

De conformidad con lo anterior y los medios materiales probatorios, en esta oportunidad habrá de revocarse el reconocimiento del daño emergente efectuado por el Tribunal Administrativo del Magdalena, porque las certificaciones suscritas por el abogado Jorge Luis Daza Blanco no son suficientes para acreditar el pago efectivo de las sumas de dinero allí consignadas y tampoco reposan otros medios de prueba con los que se puedan contrastar o corroborar que en efecto el aquí demandante hizo los referidos abonos.”

En el presente caso, además de no haberse demostrado pago alguno a la fecha por concepto de honorarios por haberse contratado el proceso a cuota Litis, no se ha probado tampoco que el apoderado del accionante, haya expedido la **respectiva factura o su documento equivalente**, con los requisitos previstos en el artículo 617 del mismo estatuto, lo que impediría también la condena al pago de perjuicios por honorarios de abogado.

Conforme a las consideraciones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, se confirmará igualmente la decisión del a quo de despachar de manera desfavorable la pretensión de indemnización de perjuicios impetrada por el demandante, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Sin costas en esta instancia, por haberse conocido la sentencia en el grado de consulta y por haberse resuelto favorablemente el recurso de apelación de PORVENIR S.A.

## **8. DECISIÓN:**

En mérito de 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,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 16 de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por **OTTO DE JESÚS CHVATAL GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES**, con base las consideraciones contenidas en este proveído, salvo en lo concerniente en la condena en costas en contra de PORVENIR S.A., la que se **REVOCA**, para en su lugar absolver de dicha condena.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes por EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

**Francisco Arango Torres**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

**John Jairo Acosta Perez**  
**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: **8b6a4ca3c3676eaff94c15dae812732e8c199b0e2a958538fc8c18a2fe710636**

Documento generado en 23/06/2022 02:05:11 PM

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