

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Hernán de Jesús Tangarife Holguín
DEMANDADO	AFP Protección S.A., Colfondos S.A., COLPENSIONES, y Ministerio de Hacienda
PROCEDENCIA	Juzgado 003 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 003 2020 00132 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 236 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado pensionado en el RAIS
DECISIÓN	Revoca costas – confirma en lo demás

En la fecha, **veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Hernán de Jesús Tangarife Holguín**, contra las **AFP Protección S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Colpensiones y La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, radicado único nacional 05001 3105 **003 2020 00132** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del año en curso, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **032**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Las pretensiones del demandante se orientan a obtener la declaratoria de ineficacia de su afiliación a Protección S.A., lo que conllevó su traslado de régimen pensional, al no estar precedida de la información suficiente y documentada y de los criterios establecidos por la jurisprudencia especializada, y se declare válida, vigente sin solución de continuidad su vinculación al RPMPD administrado por COLPENSIONES; y en consecuencia, se considere nulo todo acto posterior a su inmersión en el RAIS, como la movilidad a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, siendo beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que su pensión de vejez debe otorgarse con fundamento en esta norma, en concordancia con lo regulado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año; **subsidiariamente** pide que la prestación se otorgue conforme al régimen general previsto en la Ley 797 de 2003, o se disponga que a título de perjuicios Protección S.A. debe reconocerle y pagarle las mesadas dejadas de percibir a partir de la fecha en que logro acreditar los requisitos de régimen de transición, con el IBL sobre los diez últimos años o toda la vida laboral, escogiendo el que le sea más favorable; pide también intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; **y en forma subsidiaria ruega la declaratoria de nulidad absoluta de su afiliación a Protección S.A.** con las mismas condenas consecuenciales.

Para lo que interesa, **se sintetizan los 44 hechos en que soporta la acción**, extractándose lo relevante, que para el efecto lo es, la fecha de nacimiento **21 de julio de 1953**, efectuando cotizaciones a Colpensiones entre el **1º de junio de 1976 y el 31 de octubre de 1996**, por un total de **833,57 semanas**; al 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y 796 semanas aportadas, y al 31 de diciembre de 2014 con 61

años y **1.580 semanas**, siendo beneficiario del régimen de transición, pero engañado por los asesores de los fondos privados, el **08 de marzo de 1995** suscribió formulario de afiliación a **Davivir** hoy **Protección S.A.**, y con ello se trasladó al RAIS, manifestándosele que podía acceder a la pensión a cualquier edad con mayor mesada, sin indicársele las condiciones requeridas; nunca se le dio a conocer la edad y el saldo que debía acreditar para tener tal beneficio, ni se le hizo comparativo con el RPM, tampoco se le ilustró sobre ventajas y desventajas de tal movilidad, forma de liquidar la mesada, variables a tener en cuenta, riesgos a que se sometería en el RAIS, distribución del aporte, costos o comisiones cobrados por los movimientos de su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión, pérdida del régimen de transición, límite para retorno al régimen público, induciéndosele en error, *toda vez que NO se le suministró una información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta con respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría su cambio de régimen pensional, que le permitiera a la actora tomar una decisión consciente, conociendo las ventajas que acarrearía tal traslado*, sin que se cumpliera con el deber de información, estando dentro de los supuestos de la sentencia SU 062 de 2010. **El 18 de junio de 1996 suscribió formulario de vinculación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, omitiéndose también la asesoría personalizada, correcta, transparente, veraz. Que solicitó a Colpensiones su retorno al RPM lo que le fue negado. Que **el 14 de septiembre de 2015 y el 18 de abril de 2016, pidió a Colfondos Pensión de vejez, negada por no contar con el capital requerido para su financiación; y radicó idéntica pretensión el 12 de septiembre de 2016**. El 10 de abril de 2017 pidió no continuar con el trámite pensional y por el contrario, permitirle su retorno al RPM, y el 20 del mismo mes, **se le notificó el otorgamiento de la garantía de pensión mínima**. Que de haber permanecido en el RPM se hubiere pensionado el 31 de agosto de 2016, fecha de su última cotización, con el promedio de los últimos diez años, con una mesada equivalente a \$919.000 y no con el mimo legal. Que elevó solicitud de

información a Colfondos y a Colpensiones y siempre cotizó con suma superior al mínimo legal, cumpliendo los requisitos para obtener la mesada en el RPM.

Subsanados los defectos advertidos por el Juzgado de conocimiento, en auto del **02 de marzo de 2021**, se admitió y ordenó dar trámite a la acción, y enteradas de la actuación, dentro del término para ello, las entidades vinculadas por pasiva allegaron escritos de contestación así:

La **AFP Protección S.A.**, de los hechos tiene como cierta la fecha de nacimiento del demandante, **21 de julio de 1953**, la suscripción de formulario de afiliación a esa administradora **el 08 de marzo de 1995**, dándose con ello su traslado de régimen pensional, explicándosele los beneficios que le implicaba tal acto, entre ellos pensión a una edad anticipada, bajo los supuestos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando el capital en su cuenta de ahorro individual le financiara una pensión equivalente al 110% del SML, brindándosele la debida asesoría con proyecciones verbales, también es cierta la movilidad a Colfondos S.A. **el 18 de junio de 1996**, la solicitud de documentos presentada en junio de 2019, a la que se dio respuesta oportuna. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan. **Manifestó oposición a las pretensiones** declarativas y de condena, y formuló las **excepciones** de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe de Protección S.A., falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, y la innominada o genérica.

Colpensiones. De los hechos tiene como ciertos la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación al RPMPD y el tiempo cotizado, la edad y

numero de semanas al 1º de abril de 1994 y por tanto el beneficio de la transición; el número de semanas cotizadas al 31 de diciembre de 2014, la solicitud de retorno al régimen público y la respuesta negativa por estarse ante una prohibición legal, la solicitud de realización de proyección de mesada pensional y la reclamación administrativa previa a esta acción a la que se dio respuesta mediante comunicación del 13 de junio de 2019. Los demás supuestos no son hechos o no le constan. **Resistió las pretensiones** principales, subsidiarias y consecuenciales, y formuló **las excepciones de** validez y eficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de pagar pensión de vejez por falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de intereses de mora, improcedencia de indexación, devolución de la totalidad de los aportes debidamente indexados, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas y compensación.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, explica que está por fuera de su competencia la de resolver controversias relacionadas con el traslado entre regímenes pensionales, pues no funge como AFP, respondiendo **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, por lo que no está facultada para pronunciarse respecto de la eventual nulidad de la vinculación al RAIS, desconociendo las circunstancias en que se produjo la movilidad del demandante del RPM al RAIS, y por consiguiente la asesoría que la AFP Protección S.A. pudo brindarle para convencerlo de concretar tal acto el **10 de marzo de 1995**, resaltando que para el caso **la ineficacia de traslado resulta improcedente dado el status de pensionado por vejez (garantía de pensión mínima) de**

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, que ostenta el demandante, manifestando en relación con los **hechos** no ser ciertos o no constarle.

Sobre el caso concreto explica que el demandante se encuentra vinculado al RAIS desde el 10 de marzo de 1995, con posteriori movilidad entre administradoras a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, sociedad esta última en la que obtuvo garantía de pensión mínima, redimiéndose y pagándose en su favor bono pensional tipo A modalidad 2, ello atendiendo solicitud de Colfondos S.A. ingresada en el sistema interactivo el 15 de septiembre de 2015, concurriendo como emisor y único contribuyente La Nación, cuyo **pago tuvo lugar el 21 de julio de 2015, fecha en que el señor Tangarife Holguín alcanzó los 62 años de edad**, como consta en Resolución Nro. 14470 del 30 de septiembre de 2015. *Una vez fue emitido y redimido (pagado) el bono pensional del señor HERNAN DE JESUS TANGARIFE HOLGUIN, la AFP COLFONDOS en fecha 20 DE FEBRERO DE 2017, ingresa al sistema interactivo de la OB, "SUPONEMOS" QUE CON LA PREVIA AUTORIZACIÓN Y VISTO BUENO DEL AHORA DEMANDANTE, la solicitud de reconocimiento en favor de su afiliado de la Garantía de Pensión Mínima de Vejez de que trata el Artículo 65 de la Ley 100/93, petición que fue atendida FAVORABLEMENTE por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal y como consta en la Resolución No. 16493 de fecha 03 de abril de 2017, razón por la cual suponemos que el señor en mención debe estar disfrutando de una PENSION DE VEJEZ aproximadamente desde el mes de mayo de 2017. En esos términos, es claro que la nulidad del traslado de Régimen pensional, aducida por el demandante, carece de fundamento fáctico, probatorio y jurídico y además resulta abiertamente improcedente como quiera que se encuentra disfrutando de un beneficio de pensión de vejez (garantía de pensión mínima).* Explicó cada uno de los argumentos de defensa, y formuló **las excepciones** de falta de legitimación en la causa por pasiva de la OBP, falta de ejercicio de la facultad de regresar al RPMPD administrado por Colpensiones, variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de

régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, prescripción; imposibilidad de declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, dada la condición de pensionado del señor Tangarife Holguín por parte de Colfondos S.A., buena fe y la genérica. **Pidió** impartir absolución para esa entidad y negar las pretensiones y en caso de acogerse, disponer que el demandante o la AFP tramiten la revocatoria de la garantía de pensión mínima otorgada por Colfondos S.A., y reintegrar a la Nación Ministerio de Hacienda los valores reconocidos por concepto de bono pensional tipo A, emitido y pagado a favor del señor Tangarife Holguín, debidamente actualizado hasta la fecha del reintegro.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, frente a los hechos explica que para la fecha en que se efectuó la afiliación a esa AFP, no se tenía la obligatoriedad de brindar la información en los términos reclamados, cumpliéndose con las exigencias de la normatividad vigente. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan. **Se opuso** a las pretensiones principales, subsidiarias y consecuenciales, y formuló **las excepciones, previa** de falta de integración por pasiva de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y de **fondo** las de, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado de régimen, compensación, pago, validez del reconocimiento de la pensión de vejez al demandante por Colfondos y de los trámites para ello, e inexistencia de perjuicios. Puntualizando que como la afiliación al RAIS se dio con Protección S.A. y no con Colfondos S.A., era esa AFP la encargada de brindar la asesoría reclamada y en caso de encontrarse un vicio del consentimiento en tal acto, es Protección la llamada a responder, por lo que de no prosperar la demanda de

reconvencción y ordenarse la devolución de la totalidad de aportes sin descuento por pago de mesadas pensionales, deberá imponerse tal condena a esa AFP.

En escrito separado **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, formuló demanda de reconvencción, solicitando declarar la eficacia y validez del traslado del demandante al RAIS, inicialmente a Protección S.A. y la posterior movilidad a Colfondos S.A., al igual que el acto de reconocimiento pensional efectuado el **03 de abril de 2017, y en el evento de acogerse la ineficacia petitionada**, se le ordene reintegrar las sumas que dicha sociedad le ha transferido por concepto de pensión de vejez como garantía mínima a partir de abril de 2017 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este trámite, sumas que deberán indexarse, pide también condena en costas.

La **primera instancia** terminó con **sentencia** proferida por el **Juzgado Tercero Laboral del Circuito**, el 1º de septiembre del año en curso, declarando que las **AFP Protección S.A. y Colfondos S.A.** no demostraron que dieran información clara, veraz y oportuna al demandante al momento del traslado de régimen pensional; **declaró** que el señor **Hernán de Jesús Tangarife Holguín** no demostró, no probó en este proceso, daño, perjuicio o menoscabo a su seguridad social, como era su obligación; por lo que encontraron prosperidad las excepciones de inexistencia de la obligación de traslado al RPM y validez o eficacia del traslado de este al RAIS, **absolvió** a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra; no se ordenó la restitución del bono pensional y tampoco el reintegro de los valores recibidos por mesada pensional de Colfondos S.A. porque el demandante continua con el estatus de pensionado por parte de esta AFP, otorgándose en su favor el grado

jurisdiccional de consulta, e imponiendo costas procesales a la parte vencida, fijándose el valor para cada una de las accionadas.

Argumentó el fallador que las AFP tienen la obligación legal de informar debidamente a sus afiliados sobre las consecuencias de la movilidad entre regímenes, y para el caso ello no se cumplió o por lo menos no se trae prueba, y siendo así, deberían responder por los perjuicios causados, bajo la tesis de la teoría de la responsabilidad e inoponibilidad del acto jurídico a Colpensiones, explicando que se aparta de la solución planteada por la Sala de Casación Laboral; sin embargo, el demandante no demostró un daño real – no hipotético, actual y vigente, dado que por el cargo desempeñado y salario devengado, su mesada en el RPM sería igual a la que percibe del RAIS, sin que nada diferente se haya acreditado siendo su carga procesal, ya que los perjuicios no se pueden presumir, debiéndose documentar plenamente por quien los reclama, razones por las que impartió decisión absolutoria.

Frente a la sentencia se interpuso **recurso de apelación** por la **apoderada del demandante**, para insistir en la total desinformación por parte del asesor del fondo privado al momento del traslado entre regímenes, pues como se avizora del interrogatorio de parte no recibió ninguna ilustración previa y no se le explicaron las condiciones en uno y otro régimen, desestimándose su calidad de beneficiario del régimen de transición, con panorama más favorable para causar la prestación en el RPMPD, del que fue extraído con engaños. Tampoco se observa una decisión informada y consciente y por ende una manifestación libre y voluntaria, pues no basta el diligenciamiento del formato diseñado por la entidad para esos efectos y plasmarse en él la correspondiente firma, ya que no se le explicaron los efectos de dicho traslado, situación que debe comprender ***desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las***

condiciones para el disfrute pensional, y que ha sido discutida en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, y aunque el demandante se encuentre pensionado y se indica que no se demostraron los perjuicios, no es causal para que se desdibuje la ineficacia de la afiliación, ya que se busca la satisfacción total del derecho pensional. **Contrario** a lo afirmado por el a quo que sostiene que la ineficacia solo se predica para afiliados no para pensionados, trae a consideración sentencia 10 de febrero de 2021, radicado 2016 00926, demandante Jorge Antonio Tabares, demandada Colpensiones y Colfondos que revoca la de primera instancia bajo estos mismos términos y declara la ineficacia del traslado por ser el derecho pensional irrenunciable, y verse afectado cuando no se reconoce en su monto real con todos los elementos que la integran, porque una pensión deficitaria no cumple el objetivo de proporcionar renta vitalicia proporcional al salario, luego el deber de información debe verificarse ante todos los afiliados sin condicionamiento alguno, para considerar válido el acto de traslado.

Agrega que el reconocimiento y pago de la pensión no genera obligación entre el demandante y el RAIS al ser inexistente su vinculación a este, como se indica por la sentencia 31989 de 2008; y en lo que tiene que ver con los **perjuicios causados** por falta al deber de información, asesoría y buen consejo, perdió la oportunidad de pensionarse en el RPM, por lo que se le afectó patrimonialmente como lucro cesante la diferencia de mesadas pensionales, como se infiere de su historia laboral, y se le vulneraron derechos de rango constitucional, por lo que no se le puede exigir dictamen, historia clínica o versión de un tercero para establecer que en realidad se le generó tal perjuicio, y si no es posible declarar la ineficacia también sería efectivo ordenar la reliquidación con los aportes que hizo durante toda la vida laboral acatando lo establecido en la sentencia SL 373 de 2021, que autoriza al pensionado a reclamar indemnización de

perjuicios. Considera que la administradora incumplió deber de información reflejado en el monto de la pensión, pide revocar la sentencia y acceder a súplicas de la demanda presentada antes de la doctrina de la Corte Suprema, 27 de enero de 2020, la que solo se estableció en sentencia SL 373 de 2021, reiterada en la SL35455304 (sic) de 2021 por lo que no habría lugar a condena en costas, ya que tampoco cuenta con capacidad económica para solventarlas.

De la oportunidad para presentar alegatos ante esta instancia hizo uso el apoderado **judicial del demandante**, quien pone de presente la total desinformación de su representado por parte del asesor del fondo privado, quedando evidenciado con el interrogatorio que se utilizaron frases engañosas como que iba a obtener una pensión anticipada, sin que se le hiciera calculo ni proyección, y a pesar de contar con 750 semanas a la entrada en vigencia del sistema, se desestimó el beneficio del régimen de transición, por lo que no se está ante una decisión informada y consciente, y por ente, ante una manifestación libre y voluntaria como se explica en sentencia 31989 de 2008, reiterada, entre otras en la SL 17595 de 2017 y agrega,

Aunque la parte demandante se encuentra pensionado, y este apoderado incurrió en error al momento de radicar la demanda no se hizo alusión a esta situación tal situación no es óbice para que se entienda como una conducta de mala fe y por esta circunstancia desdibuje la causal de ineficacia de la afiliación, máxime que para cuando se radicó la demanda el precedente jurisprudencia no tenía esta postura establecida, pues para dicha época no era exigible ser afiliado o pensionado.

Seguidamente trae a cita sentencia del 10 de febrero de 2021, proceso radicado **011-2016-00926**, demandante Jorge Antonio Tabares, demandados Colpensiones y Colfondos S.A., mediante la cual se revocó la de primera instancia, en asunto idéntico, apartándose de las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia, pues la satisfacción del

derecho pensional no se da con el otorgamiento formal de la mesada pensional sino que comporta un enfoque material integral.

Agrega que el deber de información suficiente, veraz y previo a la decisión del cambio pensional debe verificarse en todos los actos de afiliación al margen de las condiciones de los actores, esto es que se encuentren o no próximos a pensionarse, y para el caso al no cumplirse con el mismo también es inexistente el acto de reconocimiento pensional, como se explica en providencia radicado 31989 de 2008.

Pasa luego el profesional a efectuar consideraciones en relación con los perjuicios causados al demandante, los que en su sentir no se pueden definir a partir de un dictamen, historia clínica o de la versión de un tercero que de fe de su estado emocional, pues al ser beneficiario del régimen de transición y no recibir la debida información hay lugar a su concesión, tal como se explica en sentencia SL373 de 2021, por lo que pide revocar la sentencia y en caso de confirmarse se reconsidere la condena en costas al demandante.

El apoderado de **Colpensiones**, explica que el alcance de la asesoría e información que debió brindar la AFP deben valorarse bajo la normatividad vigente a la fecha de suscripción de formulario de afiliación, pues no es razonable ni jurídicamente válido imponer obligaciones y soportes no previstos en el ordenamiento jurídico, ya que ello desvirtuaría la confianza legítima, el principio de legalidad y el debido proceso, sin que tenga fundamento el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, estándose ante un traslado de régimen pensional realizado voluntariamente, accediendo el demandante a pertenecer sin inconveniente alguno al RAIS, gozando tal vinculación de plena validez. Seguidamente cita aparte de la sentencia SU 062 de 2010, en cuanto a la

limitación de la movilidad dentro del término de 10 años previos a la edad para pensión, con lo que se busca evitar la descapitalización del fondo común del RSPMPD, luego, permitir que una persona pensionada se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contario no solo al concepto constitucional de equidad, sino al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles, para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social.

Reitera luego la limitación de los diez años para la movilidad entre regímenes, trayendo a colación jurisprudencia constitucional y concluye citando la sentencia SL373 de 2021, para indicar que al ser el demandante una persona pensionada, su estatus y situación jurídica ya está clara y viene recibiendo mesada, no siendo jurídicamente valido ordenar su retorno al RPM.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

Conforme al recuento realizado y a los argumentos de la recurrente, **el problema jurídico** en esta instancia consiste en establecer, si ostentando el demandante la calidad de pensionado por **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, desde el mes de mayo de 2017, redimiéndose en su favor bono pensional tipo A modalidad 2, atendiendo solicitud de Colfondos S.A. ingresada en el sistema interactivo de la OBP el 15 de septiembre de 2015, concurriendo como emisor y único contribuyente La Nación, cuyo **pago tuvo lugar el 21 de julio de 2015, fecha en que el señor Tangarife Holguín alcanzó los 62 años de edad**, como consta en Resolución Nro. 14470 del 30 de septiembre de 2015, tramitándose por Colfondos S.A.

Pensiones y Cesantías, *reconocimiento en favor* del demandante *de la Garantía de Pensión Mínima de Vejez de que trata el Artículo 65 de la Ley 100/93, petición que fue atendida FAVORABLEMENTE por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal y como consta en la Resolución No. 16493 de fecha 03 de abril de 2017*, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado que del RPMPD al RAIS hiciera el **08 de marzo de 1995**, con suscripción de formulario de vinculación a la AFP **Davivir hoy Protección S.A.**, con posterior movilidad a **Colfondos S.A. el 18 de junio de 1996**, y como consecuencia, a declarar, válida, vigente y sin solución de continuidad su incorporación a Colpensiones, con la restitución de recursos por parte de los fondos privados y otorgamiento de pensión de vejez por el fondo público, bajo los supuestos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, o en su defecto, bajo los parámetros del régimen general conforme la Ley 797 de 2003.

Pues bien, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con pronunciamientos sostenidos en línea mayoritaria desde el año 2008, tiene decantado que para que se pueda predicar la selección libre y voluntaria de régimen pensional, se debe efectuar por el fondo privado el análisis de la situación particular de cada afiliado frente al sistema y cumplirse con el deber de información y asesoría previos, deber de información que evolucionó al de asesoría y buen consejo y actualmente a la doble asesoría, siendo la sanción aplicada inicialmente la de nulidad (ver sentencias 31989 y 31314 de 2008, 33083 de 2011), y a partir de 2014, modificada para hablarse de ineficacia en los términos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL12.136 de 2014, SL 17595 y SL 19447 de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018; SL 1421, SL 1452 y SL 1688 de 2019), quedando definido en tales pronunciamientos la inversión de la carga de la prueba por las negaciones indefinidas que se hacen en los escritos de demanda, y porque en los

términos del artículo 1604 del C. Civil la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, deber de información regulado desde el Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero, Decreto 720 de 1994, en la Ley 795 de 2003, Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 y más recientemente Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, **siendo esta tesis la acogida por esta Sala de decisión cuando de ineficacia de traslado de afiliados se trata, o cuando se está ante pensionados del régimen de prima media con prestación definida que han perdido los beneficios del régimen de transición.**

Sin embargo, como se advierte por las entidades accionadas y queda evidenciado con la documentación aportada, y con lo confesado en diligencia de interrogatorio de parte, Colfondos S.A. le otorgó al demandante, previa petición, cumplimiento de los requisitos para ello y validación por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público OBP, pensión en la **modalidad de garantía mínima desde el mes de abril de 2017**, por lo que no es posible declarar la ineficacia o nulidad del acto de traslado como se pretende, al gestionar, acordar y aceptar las condiciones para gozar de la referida prestación, sin plantear en el escrito de demanda vicio alguno frente a este nuevo acto, que conlleve su declaratoria de ineficacia.

Y es que incluso, como lo explica la recurrente al sustentar la alzada, desde la sentencia radicado 31989 de 2008, se indica: *... 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*; luego, como se expuso por la Sala Primera de Decisión Laboral de esta Corporación en sentencia del 18 de septiembre de 2018 proferida

dentro del proceso promovido por Claudia Elena Díaz Villegas, radicado 007 2016 00873, ha de entenderse,

*...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 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, y esto porque **de allí en adelante obra un nuevo acto jurídico autónomo e independiente entre la demandante y la entidad que la pensiona, con requisitos nuevos, es decir, con un objeto y una causa distinta a un traslado de régimen.***

Tesis que posteriormente fue ampliada por la Sala Plena Especializada Laboral de esta Corporación, en sentencia de unificación proferida el 14 de agosto de 2019, en la que se citan pronunciamientos de la Corte Constitucional que deslindan las calidades de pensionado y afiliado, e igualmente, normas de la Ley 100 de 1993 que efectúan la misma distinción, entre ellas artículos 13 literales b), d) y e), 87, 115 y 117, por lo que se apartó del precedente vertical sobre ineficacia de la afiliación al estar referidos a afiliados, siendo los pensionados un universo fáctico diverso, precisando que sostener 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 pensiones bajo la modalidad de renta vitalicia y se ha contratado con una aseguradora su pago, teniéndose que este contrato es irrevocable, citándose como sustento apartes de la sentencia C-841 de 2003.

Valga también mencionar las situaciones de quienes se han pensionado anticipadamente y han negociado su bono antes de la fecha de redención

normal, ese tercero inversionista que se ha beneficiado en el mercado de valores, mediante un negocio totalmente legítimo, querrá una respuesta cuando la justicia laboral disponga la anulación de esa transacción.

Estos serían solo dos ejemplos del impacto que en el mundo real tendría declarar la ineficacia de la afiliación de quienes ya se han pensionado en el régimen de ahorro individual, impacto que responsablemente se quiere evitar, decidiendo mediante esta sentencia de unificación que no podrá declararse la ineficacia, ni la nulidad de su afiliación cuando la misma se invoca por un pensionado en el RAIS, diferenciación entre afiliado y pensionado que también se explica en aclaración de voto que a sentencia SL1452-2019, radicación 68.852 del 03 de abril de 2019, hizo el magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, al indicar que frente al ejercicio de la acción de nulidad o ineficacia del acto de traslado *deberá diferenciarse cuando se está en cabeza del afiliado, pues quien haya alcanzado el derecho pensional, no solo habrá saneado con su ratificación de obtener la pensión cualquier deficiencia en los actos jurídicos anteriores, sino que ya tiene un estatus y derecho consolidado que le habilitan acciones diferentes a las del afiliado.*

Posición que fue acogida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, en asunto con supuestos de hecho que se pueden catalogar como analogía estrecha con el ahora analizado, decisión en la que se explica:

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)¹, 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.

....

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 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.***

....

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. Negrillas intencionales.

Posición reiterada, entre otras, en sentencias SL3535-2021 y SL5794-2021, aún que se cuente aún con razones válidas para modificarla.

Y en cuanto **a la indemnización de perjuicios**, nada se demostró, estando también decantado por la jurisprudencia especializada, que el daño no puede ser presumido, por lo que para imponer condena se requiere la plena certeza de su generación en cada caso concreto, a partir del examen de los medios de convicción arrojados al plenario.

Frente al particular la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC093 del 2 de febrero de 2021, Radicación: 11001-31-03-044-2012-00385-01, M.P: explicó que los elementos estructurales de la responsabilidad contractual son: “*la existencia de un contrato válidamente celebrado, la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio y la relación de causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado*”. Y en la SC 397 del 22 de febrero de 2021, Radicación: 11001-31-03-036-2009-00278-01, expresó:

“La responsabilidad, en general, dimana del artículo 95, numeral 1º de la Constitución Política. Impone como deberes de la persona y del ciudadano «[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios».

El precepto recoge la máxima qui iure suo utitur, neminem laedere debet¹, según el cual, quien vulnere o incumpla sus obligaciones de conducta contractuales o extracontractuales, impuestas en interés de otro o de varios sujetos de derecho, debe reparar el daño producido.

La extracontractual, fundada en el artículo 2341 del Código Civil, establece la obligación civil de indemnizar los perjuicios provenientes de los delitos y las culpas. Exige para su estructura, al decir de la Corte:

«una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo)».

Luego, para que prospere la indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual, en cualquiera de sus modalidades, daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales, fisiológicos o de vida en relación, se requiere de la prueba necesaria y suficiente del hecho, la culpa, el daño y del nexo causal entre el hecho culposo y el daño, sin que frente a tales supuestos opere la inversión de la carga de la prueba, como si ocurre con la ineficacia por falta al deber de información, razones por las que se impone la **confirmación de la decisión en este apartado**.

A pesar de desestimarse las pretensiones del demandante y de desatarse adversamente el recurso de apelación interpuesto, **no hay lugar a imponer condena en costas en ninguna de las instancias**, por haberse dado la variación de la tesis jurisprudencial por parte del órgano de cierre de esta especialidad, con posterioridad a la presentación de la acción

¹ El ejercicio de un derecho no debe lesionar otro derecho.

(21 de febrero de 2020). Se revoca en este punto la sentencia de primer grado.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Hernán de Jesús Tangarife Holguín** contra las **AFPs Protección S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Colpensiones y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, en cuanto impuso condena en costas al demandante, para exonerarlo de este concepto **en ambas instancias**, por las razones explicadas en la parte motiva. **En lo demás confirma.**

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO**, que se fijara por **secretaría por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ARÍSTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado