

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE : MARTA LUCÍA AGUIRRE HENAO
DEMANDADO : ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES
LITISCONSORCIO NECESARIO: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-015-2019-00638-01
RADICADO INTERNO : 014-21
DECISIÓN : CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO : 104

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con el **Decreto 806 de 2020**: “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante, solicita se DECLARE la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual. Se ORDENE la reactivación sin solución de continuidad de la afiliación al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones; se ordene el traslado de la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, con sus rendimientos, frutos, intereses y cuotas de administración. Se le ordene a Colpensiones a recibir la totalidad del saldo trasladados, junto con sus rendimientos, frutos, intereses y cuotas de administración. Se le ordene a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez con sus mesadas adicionales, intereses moratorios y/o indexación.

Como fundamento factico de las pretensiones indicó que, nació el 8 de octubre de 1960; estuvo afiliada al ISS desde el 14 de noviembre de 1977 hasta el 31 de agosto de 1994, acumulando un total de 443 semanas cotizadas; fue trasladada al Régimen de Ahorro Individual en agosto de 1994, porque en esa oportunidad un asesor de la AFP PROTECCIÓN S.A. se presentó a su puesto de trabajo y le indicó que se afiliara allí para salvar su futuro pensional en razón a la crisis que se encontraba pasando el ISS; los promotores de PROTECCIÓN S.A. no le brindó en la antesala de la afiliación ni durante la misma, información completa; en el año 2007 un promotor de dicha entidad, realizó la proyección pensional donde le informaron que a los 62 años en el fondo privado la pensión era superior a la obtenida en el ISS, por lo que confiando en esa información decidió permanecer en el Régimen de Ahorro Individual. En el año 2018 una asesora de PROTECCIÓN S.A. le realizó una proyección y le informó que con Colpensiones a los 60 años de edad podía acceder a una mesada pensional superior a la del fondo privado, motivo por el cual accedió a lo que la AFP le ofreció y procedió a reclamar la pensión. Según comunicado del 7 de noviembre de 2018, la sociedad PROTECCIÓN S.A. le reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$2.940.672 a partir del 1º de octubre de 2018. El 8 de mayo de 2019 le solicitó a PROTECCIÓN S.A. el soporte de las asesorías brindadas al momento del traslado de régimen, copia del formulario de afiliación, proyección pensional e información variada, frente a lo cual, la entidad en comunicación del 21 de mayo de 2019 fue evasivo. Que solicitó el traslado de régimen a Colpensiones y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, mediante el formulario de vinculación y la petición radicada el 20 de junio de 2019, lo cual fue negado en comunicación del a misma fecha.

La parte demandada PROTECCIÓN S.A presenta **demanda de reconvencción** (fls 218 a 221), en la que solicita se DECLARE que dicha entidad a solicitud de la demandante, le reconoció la pensión de vejez desde el 1º de octubre de 2018 e ingresó en nómina de pensionados a partir de 22 de abril de 2019, con una mesada pensional de \$2.940.672; que Protección S.A. le canceló un retroactivo pensional en la suma de 23.525.376 del 1º de octubre de 2018 al 22 de abril de 2019. Que en caso de prosperar la pretensión formulada por la demandante, se debe CONDENAR a la Sra. Marta Lucía Aguirre Henao a reintegrar a PROTECCIÓN S.A. los valores que le han pagado por concepto de mesadas pensionales desde la causación (1º de octubre de 2018) a la ejecutoria de la sentencia, y el valor del retroactivo pensional reconocido desde el 1º de octubre de 2018 al 22 de abril de 2019;

que esos valores los pague con la rentabilidad que ese dinero hubiera producido o subsidiariamente, solicita se condene a la demandante a pagar las condenas invocadas en esta demanda, debidamente indexadas. Solicita se autorice a PROTECCIÓN S.A. a suspender el pago de la mesada pensional, hasta que se resuelva el presente litigio; y se condene en costas procesales.

Por medio de auto del 16 de enero de 2020 visible a fl. 226 y 227, el Juzgado de conocimiento ordenó integrar en calidad de litisconsorcio necesario por pasiva al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 19 de noviembre de 2020, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ que el traslado de la demandante a PROTECCIÓN S.A., es válida y eficaz, al encontrarse pensionada. ABSOLVIÓ a la AFP PROTECCIÓN S.A., a Colpensiones, y a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de todas las pretensiones de la demanda. E impuso costas a cargo de la parte demandante.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación manifestando que conforme lo anterior indica que el estatus de pensionado no constituye un obstáculo insuperable para restablecer los derechos del trabajador pues la ineficacia de la afiliación tiene el poder de retrotraer las cosas a su estado prístino máxime cuando el artículo 272 de la ley 100/93 refuerza aun mas la ineficacia al mandar que el sistema de seguridad social establecido en dicha ley no tendrá en ningún caso aplicación cuando menoscabe la libertad, al dignidad humana o los derechos de los trabajadores.

Que los principios mínimos del artículo 53 C.P tienen plena validez y eficacia, y por voluntad del legislador en esos escenarios son normas imperativas; que además la información plausible también se reclama para el pensionado, precisando que se debe tener en cuenta el decreto 719 de 1994, situación que siempre va a imponer que es antes y ex post de optarse por alguna modalidad pensional se deje incólume el consentimiento informado y los demás paradigmas de anulabilidad de ellos actos jurídicos que se pueden dar en estos escenarios ya que como se ha indicado en la sentencia 31314 de 2008,

donde se dice que “la información debe comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional...”, y en sentencia STL 3202 de 2020, se resalta el acatamiento en el caso de la ineficacia frente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Que el precedente de la CSJ por los efectos vinculantes y obligatorios impone ser acatado.

Que además so pretexto de la sostenibilidad financiera del sistema y de una aparente inseguridad jurídica no resulta plausible que el juez en su rol de constitucionalidad y de dispensador de justicia deje de aplicar el artículo 272 de la ley 100 de 1993, cuando se indica que el Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la presente Ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores.

Que según el artículo 1602 del C.C, “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, y que una de esas causas legales es la que se deriva en armonía con los artículos 13 literal B, art. 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, esto es, cuando se atente contra la libertad y dignidad de los trabajadores.

Retoma apartes de la sentencia 68.838 de 2019, en la que se citan las sentencias SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 3464-2019, y conforme a dichos apartes manifiesta, que la afectación que se ha visibilizado por el abuso de la posición dominante de las AFP y por la falta del deber de información que no es para el caso ha comportado la pérdida del régimen de transición, y la obtención de una pensión en condiciones dignas, por tratarse de un tema tan sensible y neurálgico como es la seguridad social en pensiones.

Que desde la hermenéutica plausible y en miras de la trascendencia de la seguridad social, la afiliación que es el umbral axiomático de los derechos que de ella emanan, no necesariamente desaparece cuando la persona opta por la pensión, porque pese a ser dos estatus diferenciales (afiliado y pensionado) el cordón umbilical de esa afiliación se proyecta y pervive cuando se consolida el estatus de pensionado, porque el requisito necesario para esperar las prestaciones económicas que reconoce el sistema y así tenga el carácter

jurídico disímil, no son separables al estar íntimamente relacionados metafóricamente al no anularse entre si sino que se complementan.

Insiste que no se puede interpretar que la constitucionalidad del art. 7 de la Ley 100 de 1993 que hace parte del régimen de ahorro individual impida su control jurisdiccional cuando la persona ostenta el estatus de pensionado en los fondos de pensiones, porque eso sería sembrar en terreno estéril los derechos de los trabajadores, ente ellos, los arts. 13, 71 y 72 de la Ley 100 de 1993

Solicita se tenga en cuenta la sentencia 60350 de 2019 que retoma un caso de una persona que recibía una garantía de pensión mínima, y en ella se ordenó la ineficacia con las consecuencias legales. Así como la sentencia con radicado 76284 donde se realizó la devolución de saldos.

Invoca las restituciones mutuas consagrado en el art. 1746 del CC, aplicable por analogía a la ineficacia, por medio del cual, al declararse la ineficacia, las partes deben devolver al mismo estado si no hubiera existido el acto de afiliación. Retoma el art 334 de la CN modificado por el Acto Legislativo 003 de 2011.

Invoca el principio de universalidad el cual articula dos postulados, el de igualdad y de irrenunciabilidad, de tal manera que el derecho al consentimiento informado radica en cabeza de todos los habitantes a quienes se garantiza el derecho a la seguridad social sin que el estatus de pensionado pueda disminuir este privilegio fundamental, y al contrario, dicha garantía no se agota en el acto del traslado sino que también comporta un cumplimiento severo en los deberes profesionales de las AFP al momento de formalizar con el afiliado la solicitud de la pensión de vejez, y que el deber de información se prologa durante toda la vinculación según lo estipulado en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994. El deber de información no es lógico desligarlo cuando se trata del acto pensional porque ello va en contra del principio de universalidad.

Se tenga presente la sentencia SL 3676 de 2020 en donde se da la posibilidad del traslado del pensionado.

Que en el interrogatorio de parte, la accionante manifestó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo su traslado en el cual no se le dio información que se reclama desde la presentación de la demanda y que

hoy conlleva a la situación que se presenta y por la cual ella debe acudir a la jurisdicción ordinaria porque si bien, para estos procesos no incide el valor de la mesada pensional ello va en conexidad con la determinación que en su momento se tomó, porque si en 1994 no le hubieran manifestado que el ISS se iba a acabar y corría el riesgo de perder los aportes y le hubieran informado que en el Régimen de Ahorro Individual la proyección pensional fluctuaba por los cambios del mercado y demás circunstancias que giran en torno al reconocimiento de la pensión de vejez en este régimen y que no están el Régimen de Prima Media. Por todo lo anterior solicita se revoque la sentencia y se accedan a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante manifiesta que a la demandante nunca se le brindó información clara, veraz, clara, suficiente y comprensible sobre el traslado y la diferencia entre los regímenes. Retoma apartes de la sentencia 46.292 de 2014; si el artículo 48 superior manda que la seguridad social es de carácter progresivo, sería abiertamente regresivo que el operador jurídico diera la bendición judicial para que un trabajador percibiera en el RAIS una mesada pensional inferior a la que tendría derecho en su antítesis (RPMD), soslayando la aplicación del plexo normativo y sus principios informadores bajo un aparente test de razonabilidad que no alcanza a superar en su ponderación plausible la protección constitucional y legal de los derechos del trabajador, bastando mirar del art. 272 de la Ley 100 de 1993 que elevó a norma jurídica los principios que embebe el art. 53 superior. Que en estos escenarios no hay espacios o permisividad para reservas mentales o para ocultar o callar información ineludible por la trascendencia de la decisión. Expone que el compendio normativo que traza el deber de los fondos de pensiones de dejar incólume el consentimiento informado al afiliado y pensionado son los arts. 20, 48, 53 y 83 de la CN, arts. 13, 60, 271, 272 de la Ley 100 de 1993, art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993, arts. 4, 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994.

Con base en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, con personas pensionadas y que han sido objeto de devolución de saldos, ha declarado la ineficacia, retrotrayendo la situación a su estado prístino y ordenando en estos escenarios con base en los arts. 964 y 1746 del C.C en sentencia 31.989 de 2008, siendo responsables con su propio peculio las administradoras de fondos de pensiones, de los deterioros que haya sufrido la cuenta de ahorro

individual, al no perderse de vista que el art. 271 de manera categórica dispuso que cualquier persona natural o jurídica que atente en cualquier forma.

Hace referencia a la transgresión a imperativos legales, valores y principios constitucionales retomando la línea jurisprudencial que defiende la ineficacia de la afiliación, de donde que desde el nacimiento de las administradoras de fondos de pensiones, deben suministrar una información que dejara incólume el consentimiento informado, y tienen el deber del buen consejo.

Que los principios que embebe el art. 53 de la CN al tomar el cuerpo de reglas por disposición expresa del art. 272 de la Ley 100 de 1993, no dejan margen interpretativo y de aplicabilidad, debiendo las administradoras de fondos de pensiones actuar con diligencia lo cual se materializa en una información clara, concreta, adecuada, suficiente, oportuna y veraz al potencial afiliado y pensionado, porque se atentaría contra el principio de igualdad que el consentimiento informado sólo se reclamara de los afiliados no de quien tiene el estatus de pensionado, discriminación que por ausencia de razonabilidad y de equidad, sería caprichosa como en su momento suscitó la discusión si la persona era o no beneficiaria del régimen de transición para estimarse o no las pretensiones, discusión analizada en la sentencia 68.838 de mayo de 2019.

Que en primera instancia se desconoció el precedente o la doctrina probable reiterada por la Corte frente a la reacción jurídica que desde el año 2008 ha generado la protección de los derechos de los trabajadores en materia de seguridad social, que a su vez incorpora un núcleo duro de derechos intangibles como la dignidad humana, la libertad y el mínimo vital, al apartarse de la misma, con el argumento que el art. 107 de la Ley 100 de 1993 prohíbe el traslado.

Que el estatus de pensionado no constituye obstáculo insuperable para restablecer los derechos del trabajador, pues la ineficacia tiene el poder jurídico de retrotraer las cosas a su estado prístino, y más porque el art. 272 de la Ley 100 de 1993, refuerza la ineficacia, al mandar que el sistema de seguridad social establecido en la presente ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, y matizando, que los principios mínimos fundamentales consagrados en el art. 53 de la CN tendrán plena validez y eficacia, esto es,

dichos principios no sólo tienen un carácter de unidad y sistematicidad, (función informadora), sino que por voluntad del legislador.

Que los pilares de la ratio decidendi no tiene asidero porque el art. 107 de la Ley 100 de 1993, no tiene la restricción o prohibición que sostienen el juez de primera instancia y el alcance que le dio el Tribunal, a la Sentencia C 801 de 2003, porque en sus inicios, el art. 107 de Ley 100 de 1993 ni la sentencia C-841 de 2003, la Corte Constitucional determinó que el estatus de pensionado era un obstáculo infranqueable para un traslado de régimen en cualquier caso, simplemente lo circunscribió cuando fuera por mera liberalidad del pensionado, evento en el cual se presentarían las afectaciones que se procuran prevenir al permitir el cambio del plan de capitalización o de pensiones y entidades administradoras, no de regímenes pensionales, máxime cuando se conculcaran los imperativos normativos que predicán la protección de los derechos de los trabajadores, como ha sucedido en estos escenarios, y la prueba de ello, es la sentencia SL 3676 de 2020.

Y retoma apartes de la sentencia 60.50 de 2019 de la Sala de Descongestión No. 3, en un caso similar al que nos convoca, donde la persona percibía garantía de pensión mínima desde el año 2009, la sentencia 76.284 de 2019 donde se realizó la devolución de saldos, y la sentencia SL 1421 de 2019. Y solicita no se pierda de vista que *“bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. (...)”*

La apoderada de Colpensiones solicita se confirme la sentencia de primera instancia conforme lo indicó el precedente vertical del Tribunal Superior de Medellín en sentencia de unificación del 14 de agosto de 2019 y denegó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que los pensionados convalidan su pertenencia al RAIS cuando llevan a cabo la reclamación de la pensión, la aprobación de la historia laboral y los trámites tendientes a la expedición y redención del bono pensional, los cuales fueron reconocidos por la accionante en el interrogatorio de parte, y en este evento no se presenta una situación similar a la planteada en el salvamento de voto de la providencia en mención.

En el evento de revocarse la sentencia de primera instancia, solicito se condicione el reconocimiento de la pensión de vejez para que PROTECCIÓN

traslade a Colpensiones, el capital y los rendimientos ahorrados, los dineros que fueron descontados por concepto de gastos de administración, garantía de pensión mínima y previsión de los riesgos de invalidez y muerte, en el tiempo que la demandante estuvo afiliada a PROTECCIÓN S.A., debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, siendo necesario su reintegro para salvaguardar recursos público y el principio de sostenibilidad financiera, conforme se indicó en sentencia de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín en el proceso con radicado 05001310501220180014601. Solicito indicar que Colpensiones podrá verificar la equivalencia de las transferencias con lo que se hubiera generado si la demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media y en el caso de encontrar alguna diferencia, atribuir la misma a Protección S.A.; y se abstenga de imponer condena en costas.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado del Régimen Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, pese que la demandante se encuentre pensionada por la sociedad PROTECCIÓN S.A; ii) En caso de ser avante lo anterior, si hay lugar a ordenar el traslado de los conceptos solicitados en la demanda y el reconocimiento de la pensión de vejez e intereses moratorios por parte de Colpensiones; iii) Y si hay lugar a la prosperidad de la demanda de reconvención.

Para el caso en concreto no existe discusión y está acreditado que la demandante nació el 8 de octubre de 1960 (fl. 12); así mismo se tiene que estuvo afiliado al ISS desde el 14 de noviembre de 1977 al 31 de agosto de 1994 (fl. 13), y se trasladó al RAIS a la AFP PROTECCIÓN desde agosto de 1994, con efectividad a partir del 1º de septiembre de 1994, (fls. 18 y 42).

Así mismo se encuentra probado que la accionante luego de solicitar la pensión anticipada de vejez a PROTECCION S.A, fue pensionada desde el 1º de octubre de 2018; se le reconoció retroactivo pensional causado por octubre de 2018 a abril de 2019 (fls. 194), y se generó el reconocimiento de una mesada pensional de **\$2.940.672 para el año 2018** (fl. 204).

Así mismo se tiene que el **20 de junio de 2019**, Colpensiones emite respuesta al actor donde se le indica que no es posible acceder a la solicitud de traslado por cuanto ya se encuentra pensionado o en trámite de pensión (fl. 52).

De lo anterior es posible concluir sin duda alguna que se trata de una persona pensionada y no afiliada al sistema de seguridad social en el Régimen de Ahorro Individual, tal y como se acepta en el interrogatorio de parte.

Partiendo de lo anterior, lo primero que debe plantearse la Sala es ¿si es viable aplicar los argumentos expuestos por el precedente judicial para el traslado del afiliado al caso de quien ostenta el estatus de pensionado?

En este orden de ideas se advierte en primer término que la Corte Suprema de Justicia tiene una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de la afiliación, concluyendo dos subreglas: 1) Que las AFP debían brindar una información veraz, completa y comprensible y luego con leyes posteriores al 2010 el deber del buen consejo y 2) Que la carga de la prueba, correspondía a las administradoras (véase las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595 y SL 19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018; SL1688, SL1689, SL3464 y SL1452 de 2019; SL2611, SL2877 y SL4811 de 2020, SL1217 y SL782 de 2021).

1. La línea jurisprudencial relativa a la ineficacia del traslado es para el AFILIADO.

Los casos estudiados por la Corte son sobre la nulidad o la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, se presenta por la falta de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, conforme el literal b) del artículo 13 que habla de las características de la seguridad social y que señala: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria por parte del afiliado**,...”* es decir el acto jurídico se considera como inexistente. Nótese que **no se dice del “pensionado”** por la potísima razón que el pensionado no podría estar dentro de esta característica de la ley pues ya escogió el régimen y queda excluido del sistema en el sentido que ya es sujeto pasivo del sistema de seguridad social, no siendo aplicable la sanción prevista para el afiliado como sería la ineficacia prevista en el artículo 271 y si bien existe la sentencia 31.989 del 09 de septiembre de 2008 que trata 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, además de que en la sentencia SL 373 de 2021, *“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”*.

Además de lo anterior debe agregarse que la sentencia **SL3958 de 2019** de la sala de descongestión de la CSJ, hace una interpretación de las varias de las sentencias de la línea jurisprudencial **del afiliado**, para aplicarlas al caso de un pensionado. En igual sentido a pesar de lo consagrado en la sentencia **SL3676-2020**, radicación 68091 del 5 de agosto de 2020, la misma no constituye doctrina legal probable para el caso bajo estudio, debiendo resaltarse además que en la misma existen aspectos relevantes que no serían aplicables en el presente asunto tales como que el demandante dentro de dicho proceso si es beneficiario del régimen de transición, y cuando recibió la notificación de su pensión por parte del Régimen de Ahorro Individual rechazó la misma, cosa que no ocurre en el presente evento dado que la hoy lleva varios años percibiendo la pensión por parte de PROTECCIÓN S.A.

Debe agregarse a lo anterior, lo dicho por la alta corte en la SL593-2021 en el sentido que *“la Sala permanente de Casación Laboral es la única facultada para unificar la jurisprudencia nacional en su especialidad, por lo tanto, en los casos en que las Salas de Descongestión estimen necesario cambiar un precedente o crear una línea de pensamiento deben, necesaria y rigurosamente, remitir el proyecto a la Sala permanente ()*

Ahora, en la sentencia Radicado: 05001-31-05-007-2015-01295-01 en la que este Tribunal profirió sentencia de unificación se señaló:

El art 107 de Ley 100 de 1993 que se refiere al cambio de plan de capitalización o de pensiones y de entidades administradoras reza:

“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.

La Corte Constitucional declaró exequible dicho artículo en la sentencia C- 841 de 2003, a partir de 2 problemas jurídicos:

- “1. ¿Es contrario al principio de igualdad que se permita a los afiliados, pero no a los pensionados, trasladarse entre administradoras de pensiones?
2. ¿Vulnera el derecho a la seguridad social de los pensionados, el que se les impida escoger la entidad administradora de pensiones o el plan de capitalización que le ofrezca el mejor servicio administrativo y financiero, una vez han adquirido la calidad de pensionados?”

Encontró que los fines perseguidos por el legislador eran legítimos e importantes, en tanto, tal y 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.
- (ii) 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.

Halló también que el medio elegido por el legislador resultaba idóneo para el logro de los fines perseguidos.

“pues 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”.

La pregunta que lógicamente ha de plantearse este Tribunal es, si la prohibición de movilidad para pensionados que el legislador estableció y la Corte Constitucional prohijó, en el caso citado para trasegar dentro del Régimen de Ahorro Individual, no tendrá aún mayor entidad para los asuntos como en el de la ineficacia, donde la orden que finalmente contienen nuestras sentencias es la de inscribir al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Esto es, mutar su régimen pensional.

La prohibición de traslado para quienes les faltaren menos de diez años para pensionarse, introducida en la Ley 100 en el artículo 13, y modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, también fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C1024 de 2004, con consideraciones que, si

bien se referían a una norma posterior, reafirman la pertinencia de esas limitaciones a la movilidad entre regímenes.

Como en el caso de la C-841 de 2003, la norma aquí demandada también superó el test de proporcionalidad y abundaron en ella motivaciones claramente consecuencialistas. Este párrafo abunda en estas últimas:

Si pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país, simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: “obtener 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. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior”

Pudiéndose concluir un primer aspecto, y con la mirada finalista de la Corte que, si el legislador previó periodos de carencia para el traslado entre regímenes precisamente para defender la estabilidad del sistema, con mayor razón cuando ya está en disfrute del derecho pensional.

Situarse en esa perspectiva y entender con MacCormick que ante dos soluciones igualmente “consistentes y coherentes”, se opte por la que menos impacto negativo genere en el sistema. Y resulta una verdad incontestable que una declaratoria masiva de ineficacias de la afiliación de pensionados en el Régimen de Ahorro Individual y el correspondiente traslado COLPENSIONES, generaría una suerte de tsunami financiero (e incluso administrativo) sobre todo el sistema pensional, sobre el Estado mismo, garante final de su subsistencia. Y sobre cada Colombiano.

Dada la diferenciación de las calidades de afiliado y pensionado claramente los diferencia, de los artículos 13, literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993; el artículo 1º de la Ley 1748 de 2014, permita apartarse del precedente de la Sala Laboral de la Corte sobre ineficacia de la afiliación, entendiendo que se está ante universo fáctico diverso como lo es la persona

pensionada y de esa manera lo entendió la sala laboral de la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas, donde se analiza un evento de un pensionado anticipadamente, bajo la modalidad de retiro programado en la cual la Sala Laboral no casa la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Cali, no por las razones esbozadas en segunda instancia, sino por tratarse de una persona con estatus de pensionado desde el año 2008. Al respecto señaló la Corte lo siguiente:

“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. Basta con relevar algunas situaciones:*

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, ...

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, ...

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.” (Resalto fuera del texto)*

Y el evento que hoy nos convoca, se enmarca en la sentencia transcrita, toda vez que la demandante fue pensionada anticipadamente bajo la modalidad de retiro programado sin negociación del bono pensional, conforme quedó establecido en la comunicación del 7 de noviembre de 2018 y la escogencia de la modalidad pensional (fls. 47 y 187).

2. Aplicación de la desigualdad entre afiliado y pensionado a las modalidades pensionales.

Debe precisarse que en la sentencia C 841 de 2003 la Corte constitucional al referirse a las modalidades de pensión señaló para la **renta vitalicia inmediata**:

“Este tipo de plan pensional es, por expresa definición legal, un contrato irrevocable entre el afiliado y una aseguradora, mediante el cual el afiliado adquiere un seguro que le otorga al beneficiario y sus descendientes el derecho a recibir una renta vitalicia mensual. Por su naturaleza, como contrato de seguro que es, los riesgos financieros y de contingencias propias de este tipo de contrato se trasladan a la compañía aseguradora, quien a partir de la celebración del mismo debe hacer las reservas necesarias, adquirir reaseguros y adoptar otras medidas para garantizar la rentabilidad y estabilidad del contrato.

Por ello resulta efectivamente conducente para garantizar la sostenibilidad del sistema y servicios administrativos y financieros adecuados, restringir la posibilidad de traslado en esta modalidad de pensión. De no establecerse esta restricción, ninguna aseguradora aceptaría asumir los costos de una renta vitalicia, si la continuidad de la relación con el beneficiario quedara sometida a su mera voluntad.

*En la modalidad de **ahorro programado sin renta vitalicia**, el afiliado no adquiere el derecho a una prestación fija señaló “Cuando el afiliado adquiere la calidad de pensionado, el monto de la cuenta de ahorro pensional deja de incrementarse con base en aportes mensuales que haga el pensionado y la administradora de pensiones asume costos financieros adicionales. 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.*

*En la tercera modalidad señaló “En el caso de **la modalidad de ahorro programado con renta vitalicia diferida**, ocurre algo similar una vez se haya adquirido el derecho a la renta vitalicia, pues el contrato se vuelve irrevocable a partir de ese momento, es decir, cuando se contrata la renta vitalicia. Esta circunstancia, por lo tanto, no carece de razonabilidad impedir el traslado previsto en el artículo 107 cuestionado.*

En igual sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado mediante sentencia: 11001-03-27-000-2012-00069-00 (19869) del 01 de junio de 2017, en demanda de nulidad interpuesta contra el numeral 3), sub numeral 3. 5., del capítulo I, Título Cuarto de la Circular 019 del 4 de marzo de 1998, proferida por la Superbancaria, señalando en uno de sus apartes:

“la normativa constitucional y legal no permite el traslado de regímenes pensionales ni de administradoras de pensiones para quien ya cubrió con sus aportes el riesgo pensional y, por ende, se encuentra “en disfrute de su pensión”, que es lo que prevé la disposición acusada, como pasa a explicarse”.

Frente al traslado entre regímenes.

“...a partir de los principios constitucionales del Sistema General de Seguridad Social, a saber: eficiencia, universalidad y solidaridad, ..., puede concluirse que permitir el traslado de quien ostenta la condición de

pensionado, afectaría gravemente la viabilidad financiera del sistema, pues quien ha adquirido el derecho a la pensión en determinado régimen ha cubierto la ocurrencia de un riesgo **bajo unas condiciones que fueron verificadas al momento de cumplir los requisitos para acceder a la pensión y correspondientes a cada régimen pensional, todo lo cual hizo parte de los cálculos actuariales y de administración de las respectivas cotizaciones** por parte de la entidad administradora de la pensión.

Más allá de lo anterior, la posibilidad de que un pensionado pudiera trasladarse de régimen pensional, queda desvirtuada con la modificación que introdujo el art. 2 de la Ley 797 de 2003 al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al prohibir el traslado de régimen cuando al afiliado le falten diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

Igualmente, la sentencia de unificación del Tribunal Superior de Medellín anteriormente citada, menciona:

“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, no solo por lo dicho por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 373 de 2021 arriba reseñada, sino además 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.

Valga también mencionar además las situaciones de quienes se han pensionado anticipadamente y han negociado su bono pensional 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 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.

Además de lo anterior, también es necesario advertir que si bien en el caso de la demandante no existe de por medio una aseguradora pues la pensión no fue contratada bajo la modalidad de renta vitalicia sino de retiro programado son negociación del bono pensional, debe tenerse en cuenta lo indicado con por Corte Constitucional en la sentencia C 841 de 2003 cuando señalo con respecto a las modalidades de pensión que, “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**”

Se podría agregar por esta sala en las **implicaciones jurídicas** consecuencialistas, que si sólo se mira el traslado inicial y la libertad informada del afiliado sin tener en cuenta el nuevo acto jurídico que reconoce la pensión solicitada de manera libre y voluntaria y sin señalar ninguna inconformidad antes de adquirirla como lo es para el caso en concreto, **sería como mantener una obligación irredimible y eterna**, entendida como el poder de no permitir la extinción de las obligaciones, a través de medios válidos, como un acto jurídico nuevo, por ello estos actos no pueden, ni deben depender de la voluntad exclusiva del acreedor o del deudor, quienes, como en este caso, varios años después del reconocimiento de la pensión, podrían alegar que el acto de afiliación o traslado inicial del sistema pensional, es ineficaz y que debe entonces trasladarse al otro régimen, es decir, la ineficacia traspasaría el nuevo acto o negocio jurídico y otros contratos colindantes, como retrotraer contratos jurídicos con terceros de buena fe, lo que implica eventuales demandas de las AFP y aseguradoras para deshacer la pensión de invalidez y sobrevivientes que fueron entregadas a un usuario, bajo un acto ineficaz, al igual que las demandas de reconvención para que se devuelva los pagado y ya gastado por el pensionado.

En cuanto al bono pensional pagado y el retorno del mismo al Ministerio, cabe preguntarse: ¿Qué pasará con los pensionados anticipadamente que negocian el bono pensional antes de fecha de redención normal? ¿Se deberá

incluir a la litis a los inversionistas que pagan el bono pensional? Y quien asume la diferencia entre lo entregado al fondo por el inversionista y los pagado por el Ministerio, etc.

En conclusión habrá de entenderse que sí existió un nuevo acto jurídico que genera el estatus de pensionado y que en palabras de la Corte suprema de justicia permanente, en la pluricitada providencia; “...**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,...**” pues se realizó a partir de la pensión rogada, se garantizó que el sujeto ha expresado voluntariamente y libremente su intención de participar en el acto jurídico o contrato para el reconocimiento de la pensión de vejez, después de haber comprendido la información de los requisitos requeridos para adquirirla, los beneficiarios, la tasa de reemplazo, el capital que ahorró, la modalidad de la pensión que adquirirá y quien la pagará, etc.

Para estos casos, es prístina la Corte en la sentencia SL 373 de 2021, que “*el pensionado que se considere lesionado en su derecho por parte de una administradora que incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora*. Situación que en este caso no opera, al no haberse solicitado como pretensión los mismos, dado que la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida.

Partiendo de lo anterior, dado que no se alegó un perjuicio por la falta de información, se deberá CONFIRMAR la decisión objeto del recurso de alzada, por las razones expuestas en esta sentencia.

Por la forma en que se resuelve el presente asunto, y por sustracción de materia no hay lugar a pronunciarse sobre los demás puntos referenciados en la descripción del problema jurídico.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante **\$908.526**, por no salir avante el recurso de apelación interpuesto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de **\$908.526**, por no salir avante el recurso de apelación interpuesto.

Las anteriores decisiones se notifican en ESTADOS

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
– SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados N ° 074 del 03 de mayo de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100>