

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Medellín, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los Magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES (ponente), VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, procede a dictar la decisión correspondiente en este proceso ordinario de doble instancia instaurado por JULIO CESAR SERNA SERNA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, y al que fue vinculada la NACIÓN -MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- (Rad. No. 05001-31-05-014-2019-00608-01).

Se RECONOCE PERSONERIA para actuar a favor de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, al abogado John Walter Buitrago Peralta, con tarjeta profesional No. 267.511 del C.S. de la J., conforme al poder que le fue conferido.

ANTECEDENTES

En lo esencial, pretende el demandante, previa la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A., que se declare válida y sin solución de continuidad la afiliación a Colpensiones; que tiene derecho al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 del 93; que se le reconozca y pague a título de perjuicios ocasionados por Colfondos S.A. las mesadas pensionales dejadas de percibir a partir del 1º de julio de 2015; que se le reconozca y pague la pensión de vejez por el RPM,

desde la fecha en que cumplió el último requisito; que tiene derecho al pago de los intereses moratorios y, en consecuencia, se condene a COLFONDOS a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que efectuó a ese fondo, con sus respectivos rendimientos y sin ningún tipo de descuento por cuota de administración, comisiones ni por las mesadas pensionales canceladas hasta la fecha; a Colpensiones a recibir los aportes y reactivas la afiliación cargando a su historia laboral todas las cotizaciones; a Colfondos a título de perjuicios el pago de las mesadas pensionales dejadas de percibir a partir de la fecha en que logró acreditar los requisitos para acceder a la prestación en el RPM, debidamente indexada. Igualmente, se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle la mesada pensional conforme al ingreso base de liquidación más favorable y con la tasa de reemplazo correspondiente a la totalidad de semanas; los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a cargo de Colpensiones o, en subsidio, la indexación; en el caso de no prosperar la indexación frente a Colpensiones, se condene a Colfondos al pago de la misma. Costas y agencias en derecho. En subsidio de lo anterior, pretende se declare la nulidad absoluta de la afiliación a Colfondos, con las consecuentes condenas señaladas anteriormente.

Como sustento de sus pretensiones manifestó sucintamente lo siguiente: nació el 01 de julio de 1953; laboró como Inspector de Tránsito en el municipio de Apartadó desde el 9 de diciembre de 1974 hasta el 31 de mayo de 1991; se afilió al ISS, hoy Colpensiones, el 8 de junio de 1992 y permaneció allí hasta el 31 de diciembre de 1998; suscribió formulario de afiliación con Colfondos el día 16 de enero de 1998, sin que fuera diligenciado por él ni contara con la información de beneficiarios completamente diligenciada; para esta fecha tenía 1191 semanas cotizadas en Colpensiones; en la asesoría le dijeron que en Colfondos tendría una mejor pensión y que incluso se podría pensionar mucho antes, pero en ningún caso se le dijo de las desventajas o ventajas que tiene tal régimen o de sus particularidades, por lo que se puede afirmar que se le indujo en error; solicitó en varias ocasiones a Colfondos y Colpensiones el traslado de régimen, acogiéndose a la sentencia SU 062 de 2010; Colfondos le reconoció pensión de vejez a partir del mes de julio de 2016 en cuantía de \$689.454; el 27 de mayo de 2019 presentó solicitud ante Colpensiones para el traslado de régimen, la cual fue negada por la entidad con el argumento que

ya se encuentra pensionado en el RAIS; siempre devengó una suma superior al salario mínimo legal mensual y, en igual sentido, sus aportes al sistema de seguridad social, por lo que el monto de la mesada reconocida es sustancialmente menor a la que hubiere obtenido en el RPM, en tanto pudo haber sido de \$1.108.117, teniendo en cuenta un IBL de \$1.395.309 y una tasa de reemplazo del 79.42%.

La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, atendió de manera oportuna el libelo oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una las pretensiones, aduciendo que no existió ningún vicio en el consentimiento, ni menos violación a los derechos fundamentales, ya que el interés del afiliado era pensionarse antes de lo que permite el RPM. Dijo que eran ciertos los hechos, excepto los que hacen relación al traslado de régimen, los cuales no le constaban. Como excepciones de mérito propuso las que denominó: prescripción, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración, imposibilidad de condena en costas y compensación.

Colfondos S.A. se opuso igualmente a todas y cada una las pretensiones, sosteniendo que la afiliación del actor se realizó de manera libre y voluntaria, y que este tenía un verdadero ánimo de vincularse al RAIS. Frente a los hechos, dijo que solo eran ciertos los que refieren la edad del demandante, su afiliación inicial al ISS, el traslado a Colfondos, el reconocimiento de la pensión de vejez con sustento en la regulación de garantía de pensión mínima, la solicitud elevada por el demandante mediante derecho de petición y la respuesta de la misma por parte de la entidad Colfondos; de los demás, ofreciendo la sustentación respectiva, manifestó que no le constaban o que no eran ciertos. Como excepciones de mérito propuso las que denominó: inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad atribuible a la entidad, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y carencia de legitimación del actor para solicitar devolución de aportes.

Colfondos presentó demanda de reconvención en contra del señor Julio Cesar Serna Serna pretendiendo que se declare no procedente la pretensión de ineficacia y/o nulidad del traslado que este realizó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual; que en el evento de declararse la nulidad, se condene al señor Serna Serna a reintegrar a Colfondos las sumas de dinero que esa entidad le haya cancelado por concepto de mesadas pensionales de manera retroactiva desde la fecha del reconocimiento, julio de 2017, hasta la ejecutoria de la sentencia, debidamente indexadas y las costas del proceso.

Como sustento de lo anterior, señaló que el actor suscribió solicitud de vinculación a Colfondos el 16 de enero de 1998, como traslado de régimen pensional con el lleno de los requisitos legales; no hizo uso del derecho de retractarse de la afiliación a la entidad de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994; como ratificación de su voluntad de continuar afiliado y pensionarse en el RAIS, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo la figura de garantía de pensión mínima, a partir del mes de julio de 2017 con una asignación de \$689.454, tal como se puede constatar en carta de reconocimiento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público número 15420 del 28 de junio de 2016, prestación que aún disfruta; de declararse la ineficacia y/o la nulidad, se deberá condenar al señor Julio Cesar Serna Serna a reintegrar a Colfondos las sumas de dinero que se le haya cancelado por concepto de mesadas pensionales derivadas de la pensión de vejez a partir de la fecha de reconocimiento del derecho hasta la ejecutoria de la sentencia.

Al proceso, por auto del 14 de diciembre de 2021, fue vinculada la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público -Oficina de Bonos Pensionales- (Exp. Digital, archivo 11), quien contestó la demanda en forma oportuna (Exp. Digital, archivo 15). Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, y frente a los hechos manifestó, en términos generales, que ninguno le constaba. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de responsabilidad de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Improcedencia del traslado de régimen pensional del demandante por ostentar la calidad de pensionado -Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia Sala Laboral año 2021, improcedencia del traslado de régimen pensional del

demandante pensionado por ostensible violación normativa, eventual necesidad de reintegrar a la nación lo recibido por concepto del bono pensional redimido, buena fe y la genérica.

El señor Julio Cesar Serna Serna contestó la anterior demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. Señaló sobre la mayoría de los hechos que eran apreciaciones subjetivas del apoderado de la entidad. Aceptó los de la afiliación al RAIS y el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la entidad. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación demandada en reconvención por carencia de efectos de un negocio jurídico, inexistencia de veracidad de la información por parte de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, compensación y pago, inexistencia de manifestación libre voluntaria por una expresión genérica, la ineficacia opera sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, no existe ratificación del traslado con la firma de formularios posteriores a actos jurídicos posteriores, buena fe del afiliado, mala fe del fondo de pensiones privado, pago de perjuicios a favor del afiliado, prescripción e imposibilidad de condenar en costas y agencias en derecho a la entidad.

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 6 de agosto de 2022, decidió la controversia así:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S. A. efectivo el 01 marzo de 1998, por parte del señor JULIO CESAR SERNA SERNA identificado con la C.C. 15.367.365, proveniente del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR, como consecuencia del precedente jurisprudencial establecido por la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SL373-2021, que no es procedente ordenar el retorno a la situación anterior al traslado de régimen, por cuanto ello afectaría todos los actos jurídicos consolidados, entre otros la expedición, emisión y liquidación del bono pensional tipo A, y demás aspectos establecidos y relevantes con dicha postura jurisprudencial que acoge el despacho.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a reconocer, a título de indemnización plena de perjuicios, en favor del señor demandante, la suma indicada en los considerandos de la presente sentencia, correspondiente a ochenta y cinco millones novecientos noventa y cuatro mil quinientos treinta y dos pesos(\$85.994.532) en los términos especificados en los considerandos de esta decisión, suma que debe ser indexada teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE, desde la fecha de la presente sentencia hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación.

CUARTO: ABSOLVER a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. de las restantes pretensiones elevadas por la parte demandante, especialmente la relacionada con la pretensión de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

QUINTO: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y por la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-OFICINA DE BONOS PENSIONALES denominadas inexistencia de las obligaciones y en su lugar absolver de dichas pretensiones de la demanda.

SEXTO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A. y en favor de la parte demandante, para cuya liquidación se fija la suma de ocho millones de pesos (\$8.000.000), a título de agencias en derecho.

ABSOLVER COLPENSIONES y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-OBP, de la condena en costas.

Inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación la apoderada de Colfondos S.A. Cuestiona la ineficacia del traslado ya que el demandante la realizó de manera libre y voluntaria, al punto que ya se encuentra percibiendo la pensión de vejez, a más de que no se demostró que se haya engañado o suministrado información equivocada. También mostró inconformidad frente a lo que se dispuso en materia de los perjuicios ocasionados, por cuanto la misma no tiene ningún sustento legal, además el traslado se realizó con todas las exigencias legales. Señala que para que se configure el pago de perjuicios deben presentarse la culpa, el daño y la relación o nexo de causalidad, y en el caso de faltar alguno de estos elementos no existe juicio para la imposición de tales perjuicios y, en el de marras, no se presenta ninguno

En el término pertinente, las partes presentaron sus alegaciones de segunda instancia, con argumentos semejantes a los expuestos en las etapas procesales transcurridas en primer grado.

CONSIDERACIONES

La Sala restringirá su estudio a los puntos objeto de apelación planteados por la apoderada de Colfondos S.A., conforme a lo establecido en los artículos 57 de la Ley 2 de 1984 y 35 de la Ley 712 de 2001. Igualmente lo hará, en beneficio de Colpensiones, por el grado de la consulta, tal como de manera pacífica lo acepta la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Fuera de toda discusión, por existir plena prueba de ello, está que el demandante nació el 01 de julio de 1953 (Exp. Digital, folio 30); que estuvo afiliado al I.S.S., hoy Colpensiones, a partir del 8 de junio de 1992 (Exp. Digital, folio 46) y que se trasladó al RAIS, AFP Colfondos S.A., en el año 1998 (Exp. Digital, folio 53). Tampoco se discute que mediante comunicación del 13 de julio de 2016, Colfondos Pensiones y Cesantías le reconoció al señor Julio Cesar Serna Serna una pensión de vejez con garantía de pensión mínima en cuantía de \$689.454, pagaderos a partir de ese mismo mes y con un retroactivo de \$8.692.278, por mesadas dejadas de percibir desde el 1 de julio de 2015 hasta el 30 de junio de 2016.

Atendiendo a estos hechos, el problema jurídico a esclarecer en esta instancia, partiendo de lo que debe estudiarse por el recurso de apelación interpuesto, se circunscribe a darle respuesta a estos dos interrogantes: 1. Procede o no la declaratoria de ineficacia en los traslados que realizan los afiliados del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, cuando éste ya disfruta de una pensión de vejez? Y 2. Determinar si la condena por concepto de indemnización plena de perjuicios se encuentra o no ajustada a la ley.

En cuanto a la primera pregunta, la respuesta de la Sala es clara: la ineficacia no procede, bastando al respecto recordar no solo el precedente de unificación

que estableció la Sala Laboral de esta Corporación en sentencia del 14 de agosto de 2019, criterio que fue debidamente ratificado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL373-2021. En los apartes correspondientes, en forma respectiva, en estas decisiones se dijo:

“Al incoar esta acción, el demandante solicitó la declaratoria de INEFICACIA de su traslado al régimen de ahorro individual, aduciendo, en síntesis, que al momento de la afiliación no le suministraron la información que juiciosamente reseña en los numerales décimo cuarto a décimo octavo del acápite de los hechos, relativa a las reales características de ambos regímenes para acceder a la pensión y las implicaciones o alcances de tal cambio, entre otros, en la mesada que percibiría.

Refiere que es un pensionado de COLFONDOS desde el 5 de mayo de 2009, con una mesada inicial de \$ 1.213.859 y expone cómo sería su pensión en el régimen de prima media, detallando los ingresos base de cotización y las tasas a aplicar, concluyendo la clara superioridad de lo que podría percibir de COLPENSIONES.

Es importante referenciar el contexto de la situación del reclamante, dado que la Corte Suprema de Justicia forjó una tesis en torno al tema del traslado, ocupando su atención en múltiples ocasiones, donde en sentencias como la de radicación 31.989, 33.083 y 31.314, ha señalado que es atribuible a la entidad privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde de esos requerimientos, la consecuencia de considerar que ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” se estaría frente a la ineficacia de esos traslados.

También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En sentencia con radicado 68.838 de 2019 lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada -cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros”.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la a quo consideró que al no haber asistido injustificadamente el demandante a la audiencia de conciliación y a la diligencia en que debería absolver el interrogatorio de parte, operó la confesión ficta respecto a aquellos hechos susceptibles de ser confesados y que fueron esgrimidos en la contestación de COLFONDOS y de SEGUROS BOLÍVAR. Concretamente derivó esa consecuencia procesal respecto a la respuesta al hecho octavo, en el cual el demandante refiere que se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, donde ambas entidades hicieron hincapié en el carácter libre y voluntario de esa decisión; también lo declaró confeso en los mismos términos respecto a haberse pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia, por la cual también optó libremente.

La juez encuentra que debe prevalecer la consecuencia procesal de ser declarado confeso el actor frente a la inversión de la carga de la prueba que pregonan la Corte en estos casos. Frente a lo cual esta magistratura discrepa, pues tal como lo señala el abogado apelante, esas dos circunstancias fácticas no pueden aislarse de todo el relato que se refiere en los más de treinta numerales que comprende ese acápite de la demanda, donde se refieren los detalles de cómo operó la “asesoría” para el cambio de régimen, pormenorizando las falencias en que la misma se dio.

Ese relato puntual construye las circunstancias en que operó ese traslado, por lo que sigue incólume la inversión de la carga de la prueba que la Corte ha construido. Y persiste para COLFONDOS el gravamen procesal de dar al traste con ella demostrando que se dio una cabal asesoría al afiliado al momento de tomar tan trascendental decisión.

Encuentra la juez un argumento adicional para negar las súplicas de la demanda cuando se refiere a ese tercero convocado al proceso, SEGUROS BOLÍVAR S.A., que tras recibir la suma que el demandante tenía en su cuenta de ahorro individual y suscribir el contrato respectivo de renta vitalicia con él, viene pagando la pensión.

Concluye que no se corresponde con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia y que la presencia de ese tercero supuso también la celebración de un nuevo acto jurídico, precisamente el contrato de renta vitalicia, del que la demanda nada dijo, pues allí simplemente se afirmó que COLFONDOS S.A. reconoció la pensión. Enfatiza la irrevocabilidad de esta clase de pensiones, asunto que la corte constitucional encontró ajustado a derecho en la sentencia C-841 de 2003.

Arguye finalmente que este nuevo acto valida el inicial de afiliación al RAIS.

El apoderado del actor, al apelar, corrobora que las afirmaciones contenidas en la demanda no fueron desvirtuadas por el fondo accionado y que en cumplimiento de la línea establecida por la Corte, debían atenderse favorablemente las pretensiones, lo que no puede considerarse saneado por haberse pensionado, sobre todo si se tiene en cuenta que al cumplir los requisitos, tampoco se les da otra opción que firmar en señal de aceptación para que se les reconozca la pensión.

Considera esta Sala que el corpus argumentativo que ha construido la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó determinadamente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

*Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado**. (Sentencia con radicado 46.292 de 2014)*

Al desecharse la vía de la nulidad, ya no se hizo preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad relativa, ni tampoco resultó posible con que la reaesoría que los Fondos privados brindaban en muchas ocasiones se pudiera convalidar ese traslado original.

El panorama se amplió claramente frente a los asuntos planteados desde la perspectiva de la ineficacia, que al comienzo tuvo su principal apoyo en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho; y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

Valga decir que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia, como si lo ha hecho la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes.

Por las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al RAIS, resulta claro que ha optado por la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

*Punto en que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).*

Se está pues en presencia de un escenario donde las pretensiones se deslizan por una suerte de tobogán jurídico. Se exige una índole de consentimiento tan específico por parte del afiliado, que una mínima variación en el proceso de asesoría comporta la declaración de que hubo ausencia total de consentimiento y, por lo mismo, ineficacia por inexistencia del acto jurídico. Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta al actor afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. Y ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna reasesoría puede sanear lo que feneció al nacer.

Un párrafo de la pluricitada sentencia 68.838 de 2019 es elocuente:

“De hecho, la regla jurisprudencial identificable en 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 SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y SL 1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado”.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las AFP se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados. Este último fallo lo reafirma:

“Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

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.

El proceso que nos convoca es precisamente el de un pensionado y ante la realidad irrefutable de que los casos de ineficacia avasallan los despachos judiciales, proyectándose en el entorno social y económico del país, resulta menester para la judicatura recordar que los jueces no operamos en laboratorios cerrados al mundo, buscando la perfección del silogismo normativo, sino que, por el contrario, modificamos con cada providencia una realidad. Estamos en un escenario como el descrito por Neil MacCormick, parafraseado por Mario Ruiz Sanz:

“En este sentido, si un juez dispone de dos o más razones consistentes y coherentes dentro de un sistema normativo, desde el punto de vista justificatorio todas ellas son igualmente correctas. Así, pues, para optar racionalmente en un caso controvertido, el juez debe recurrir en última instancia a argumentos consecuencialistas.¹”

La concepción consecuencialista de MacCormick, sostiene Manuel Atienza, citado por Ruiz Sanz:

“...puede resultar compatible con la idea de que para justificar las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones sustantivas: razones de corrección (una decisión se considera correcta en sí

¹ [file:///D:/Usuarios/Downloads/Dialnet-ArgumentacionRacionalYConsecuencialismoEnLaDecisio-174639%20\(1\).pdf](file:///D:/Usuarios/Downloads/Dialnet-ArgumentacionRacionalYConsecuencialismoEnLaDecisio-174639%20(1).pdf)

misma) y razones finalistas (una decisión se justifica porque promueve un cierto estado de cosas que se considera valioso). Si las razones de corrección no son suficientes para justificar una decisión, hay que recurrir a razones finalistas o consecuencialistas que contemplen el sentido último de la norma de acuerdo con los principios y valores básicos de cada ordenamiento”.

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, 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.”

El Tribunal constitucional profirió la sentencia C-841 de 2003, en la cual abordó dos problemas jurídicos, a saber:

- 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 que se les impida escoger la entidad administradora de pensiones o plan de capitalización que les resulte mejor administrativa o financieramente, siendo ya pensionados?*

La Corte, ante la acusación de que la norma contenía un trato discriminatorio, realizó el correspondiente test de igualdad, entendiendo que:

“...la Constitución atribuyó al legislador la función de configurar el sistema de pensiones, y le otorgó un margen amplio para hacerlo, a fin de garantizar que el sistema cuente con los “medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante,” y su prestación se haga de conformidad con los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, conforme al artículo 48 de la Carta.”

Encontró además la Corte Constitucional 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 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 por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, también fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 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:

“Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. 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 ‘el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior”

Ahora bien, esta última cita no propugna porque se siga el tenor de la norma demandada, pues claramente los fallos sobre ineficacia de los traslados realizados al RAIS por los afiliados en los que resulta pacífica la posición de este Tribunal riñen con su contenido. Tan solo se trae a cuento para reafirmar la mirada claramente finalista de la Corporación de cierre en materia constitucional.

Nada nos impide, pues todos somos al fin de cuentas jueces constitucionales, situarnos 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.

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 un 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 :

“Cuando se trata de la modalidad de renta vitalicia inmediata, la naturaleza misma del contrato no permitiría el traslado en ningún caso, dado que el afiliado adquiere la condición de pensionado desde el momento mismo en que contrata la renta vitalicia. Este tipo de plan pensional es, por expresa definición legal,² 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”.

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 cuando la justicia laboral disponga la anulación de esa transacción.

Estos sería 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 esta Sala quiere evitar, decidiendo mediante esta sentencia de unificación que no podrá declararse la ineficacia ni la nulidad de su afiliación”

Y,

² Ley 100 de 1993, Artículo 80.

“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 absolutoria, 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)³, 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

³ SL1688-2019, SL3464-2019

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 requeriría 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”

Como consecuencia, sin más consideraciones al respecto, la ineficacia declarada en la sentencia que se revisa se revocará, y en su lugar, se absolverá de la misma.

En lo que hace al segundo interrogante, para el cual se anticipa una decisión totalmente contraria a la que llegó el a quo, no porque los perjuicios no procedan, sino porque en la forma como se reconocieron se estima que jurídicamente no resultan correctos.

Para este fin, lo primero por señalar es que la Ley 100 de 1993 creó dos sistemas de pensiones completamente independientes y autónomos pero que coexisten, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tal como se señala en su artículo 12; los cuales les brindan a sus afiliados una serie de beneficios conforme a que se encuentren en uno u otro sistema.

El artículo 32 de la referida Ley 100 define las características del Régimen de Prima Media con Prestación definida, encontrando que es un régimen solidario de prestación definida y que los aportes de los afiliados junto con sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública y, por último, que *“El Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados”*.

Ahora, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y de sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad mediante la garantía de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad, teniendo claro que cada afiliado a este régimen cuenta con su propia cuenta de ahorro individual, y las características de este se encuentran contenidas en el artículo 60 de la Ley 100, dentro de las que se destacan que el reconocimiento y pago de las prestaciones dependerá de los aportes de los afiliados y sus empleadores, sus rendimientos financieros y de los subsidios del Estado cuando haya lugar; que los afiliados podrán libremente trasladarse entre administradores y entre Fondos de Pensiones gestionadas por ellas según regulación aplicable; que el conjunto de las cuentas de ahorro individual constituyen un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados y que, en el caso de que las entidades administradoras o aseguradoras incumplan con sus obligaciones, el Estado garantiza los ahorros de los afiliados y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho.

En cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, las condiciones para acceder a esta prestación varía ostensiblemente de un régimen pensional a otro, por cuanto en el de Prima Media con Prestación Definida, sus requisitos se encuentran consagrados en el artículo 33 de la pluralizada Ley 100, destacándose que cualquier afiliado que los cumpla accede de manera inmediata al reconocimiento de esta prestación, requisitos que se pueden resumir en que se alcancen los 62 años en el caso de los hombres y 57 años para las mujeres y un total de 1300 semanas cotizadas o servidas, mientras en el Régimen de Ahorro Individual tal prestación está condicionada de un lado, al capital con sus rendimientos que tenga el afiliado en su cuenta de ahorro pensional que *“...les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley”* con los reajuste anuales según la variación del IPC certificado por el DANE y, del otro, una densidad mínima de semanas, la manifestación de la imposibilidad de seguir cotizando más el cumplimiento de cierta edad dependiendo si es hombre o mujer para acceder al subsidio de la garantía de pensión mínima.

El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tiene establecido en el Capítulo V de la Ley 100 las diferentes modalidades de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, encontrando que son: renta vitalicia inmediata, retiro programado, retiro programado con renta vitalicia o las demás que autorice la Superintendencia Financiera (Circular 013 de 2012, Superfinanciera), modalidades que para su aplicación van a depender exclusivamente del monto que tenga el afiliado en su cuenta de ahorro pensional, destacándose que el disfrute de la prestación puede ser a cualquier edad, por lo que es una elección que a voluntad puede elegir el afiliado en cualquier etapa de su afiliación con dicho régimen, con la condición, como se dijo, de que el monto de la cuenta de ahorro individual cumpla con las exigencias de la modalidad a la cual pretende acceder.

Como beneficio adicional al disfrute de la pensión a cualquier edad, este sistema ofrece igualmente la posibilidad de que en el caso de escogerse el retiro programado y el afiliado fallece sin dejar beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta de ahorro individual acrecerán la masa sucesoral, igual

beneficio en el caso de morir un afiliado o un pensionado sin dejar beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, y en el caso de no poder acceder a ninguna prestación del sistema, habrá lugar a la devolución del saldo abonado en la cuenta individual de ahorro pensional, a más de las prestaciones y beneficios adicionales contenidos en el artículo 85.

Debe indicarse que en el Régimen de Prima Media tales beneficios no existen, pues el modelo está diseñado para conceder las prestaciones bien al afiliado ora a sus beneficiarios, sin que ningún capital pueda hacer parte de la masa sucesoral en caso de muerte, pues no puede perderse de vista que dentro de las características de este sistema es que es un fondo común, se maneja como una unidad y no de manera particular y, en el caso de que el afiliado o sus beneficiarios no cumplan con los requisitos para acceder a las prestaciones que brinda el sistema, en sustitución recibirán una indemnización sustitutiva en la forma descrita por la ley.

Bajo estas condiciones, no resultaría dable considerar que los perjuicios que pueda tener un afiliado de un sistema o de otro solo se puedan medir al momento en que éste cumple con los requisitos para adquirir las pensiones de vejez, y a esa data liquidar el monto de la prestación que le correspondería en cada sistema, por cuanto mientras estuvo vigente la relación que los afiliados mantuvieron con las administradoras del Régimen de Ahorro Individual, gozaban de unos privilegios con los cuales no contaban los del Régimen de Prima Media como se señaló anteriormente, y que si bien tales beneficios no se generan al poder el afiliado acceder a la pensión de vejez, resulta completamente inapropiado dejar solo la medición de los efectos del traslado de régimen en el comparativo del valor de la mesada pensional que le ofrece uno u otro sistema.

No está por lo demás rememorar que distintas Salas de Decisión de esta Corporación, frente a casos que guardan similitud al presente, han arribado a una conclusión semejante. Al respecto pueden verse las siguientes: Gloria Patricia Idárraga Torres contra Porvenir (radicado 05001310501720210025902); Mario Alberto Gómez Rojas contra Porvenir, S.A., Colpensiones y La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público

(radicado 05001310500120190009301), y Carlos Humberto Pineda Montoya contra Colpensiones y Protección S.A., al que fue vinculado la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público (radicado 05001310501520190057101).

En esta última, de esta misma Sala Quinta, se anotó:

“En este sentido fue fijado el litigio por la a quo “El litigio girará en torno a determinar si el traslado de régimen que hizo el señor CARLOS HUMBERTO PINEDA MONTOYA, del régimen de prima media a la AFP PROTECCION fue INEFICAZ, y si como consecuencia de lo anterior, se debe condenar a PROTECCION S.A., a trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante con sus rendimientos, frutos, intereses, sumas adicionales y comisiones y así mismo ordenar a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el régimen de prima media. De ser procedente lo anterior, se entrará a analizar si se debe condenar a PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de perjuicios, tasados en las mesadas que le corresponderían en el régimen de prima media, mientras Colpensiones le paga la pensión, más los honorarios del mandatario judicial”

Argumento de carácter procesal, que resultaría suficiente para que la Sala no emitiera pronunciamiento sobre la indemnización de perjuicios en virtud del principio de consonancia, no obstante, si en gracia de discusión se considerara que en un ejercicio interpretativo amplio es posible considerar que la pretensión última del demandante es el reconocimiento de la diferencia pensional, igualmente debe concluirse que la misma no tiene vocación de éxito, dado que no se acreditaron los elementos de la responsabilidad civil de la AFP”

Siendo lo anterior así, y dado que la condena impuesta estuvo sustentada en la diferencia pensional entre los diferentes sistemas, y que en el plenario no se avizora alguna prueba que dé cuenta de algún perjuicio sufrido por el actor diferente a estas cuantías, habrá lugar a revocar la sentencia venida en apelación, dando cuenta de ello en la parte resolutive de esta providencia.

Las costas de las instancias a cargo de la parte demandante y a favor de las partes demandadas. Como agencias en derecho en esta se fija la suma de medio (1/2) salario mínimo legal mensual para cada una de éstas últimas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la sentencia venida en apelación y, en su lugar, **ABSUELVE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, de todas las pretensiones formuladas en su contra por el señor JULIO CESAR SERNA SERNA, y a la que fue vinculada la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Costas de las instancias a cargo de la parte actora y a favor de las accionadas. Como agencias en derecho, para cada una de ellas, en esta instancia se fija la suma de medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente.

Notifíquese la presente decisión por EDICTO.

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL**



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Radicación:	05001310501420190060801
Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	JULIO CESAR SERNA SERNA
Demandado:	COLPENSIONES
M. P.	CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Fecha de fallo:	28/03/2023
Decisión:	REVOCA

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibídem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 29/03/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario