

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: ORLANDO DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-010-2020-00189-01
RADICADO INTERNO	: 223-23
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 281

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 lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia o en subsidio la nulidad de la filiación y traslado de régimen pensional del actor, a la sociedad COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A. realizada en julio de 1999. Como consecuencia, se genere el regreso automático al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, al cual estuvo afiliado desde el mes de agosto de 1975 hasta octubre de 1998.

Se le ORDENE a la sociedad PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones los aportes, bono y rendimientos obtenidos de la afiliación y cotizaciones, para que dicha entidad garantice los derechos pensionales del demandante.

Se le ORDENE a Colpensiones a recibir los aportes, bono y rendimientos obtenidos de la afiliación y cotizaciones. Y se condene en costas procesales a las demandadas.

Como supuestos fácticos con que sustenta sus pretensiones, narra que el demandante nació el 1º de octubre de 1958; se afilió al ISS en agosto de 1975 y realizó aportes hasta octubre de 1998; el 24 de julio de 1999 un asesor de COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS diligenció el formulario de afiliación a través del cual el demandante se trasladaba de régimen pensional a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A.; el asesor no le indicó los riesgos del traslado, no le explicó las características, condiciones, ni las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales; nunca le brindó información clara y comprensible. Señala que las omisiones en la información, la falta de información cierta, suficiente y clara, y el engaño del que fue objeto, fueron determinantes para que se afiliara al Régimen de Ahorro Individual. Con posterioridad al mes de julio de 1999, la accionada COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS no realizó asesoría de las características del régimen, ni de las ventajas y desventajas del mismo. El 2 de mayo de 2019, el actor le solicitó a PROTECCIÓN S.A. constancia de la asesoría brindada, a lo cual respondió la entidad, que no contaba con documento físico de la asesoría.

Asegura que es beneficiario del régimen de transición porque al 1º de abril de 1994 contaba con más de 750 semanas en el Régimen de Prima Media; con base a lo anterior, el actor solicitó traslado a Colpensiones el 13 de septiembre de 2019, la cual fue rechazada. A la fecha de la presentación de la demanda, el actor no ha accedido a la pensión de vejez.

RESPUESTA A LA DEMANDA

Colpensiones en la contestación manifestó que es cierto la fecha de nacimiento del actor; la afiliación al ISS; la solicitud elevada a Colpensiones

de traslado, la cual fue rechazada. No es cierto que el demandante sea beneficiario del régimen de transición porque con los trasladados al Régimen de Ahorro Individual pierden dicho beneficio, excepto si cumplen con 15 años de servicios al 1º de abril de 1994, requisito que al actor no logró alcanzar, además, las 750 semanas las debía acreditar para el 25 de julio del 2005, pero solo contaba con 704.57 semanas al 31 de octubre de 1998, y no tiene 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento. No le consta que a la fecha de la presentación de la demanda no haya accedido a la pensión de vejez. las demás afirmaciones de la demanda no son hechos.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir la ineficacia o nulidad de traslado; ausencia de prueba de engaño, equivocada información y perjuicio padecido; indebida aplicación de la carga probatoria; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones – art. 48 CP adicionado por le art. 1º del Acto Legislativo 01 de 2005; prescripción; buena fe; cobro de lo no debido; imposibilidad de condena en costas; compensación; presunción de legalidad de los actos jurídicos (expediente digital 06).

En auto del 19 de octubre de 2021, se dio por no contestada la demanda (expediente digital 07), En auto del 19 de octubre de 2021, se dio por no contestada la demanda por parte de PROTECCIÓN S.A. (expediente digital 07), y en audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio, y decreto de pruebas el Juzgado en la etapa de saneamiento indicó que mantenía la decisión de dar por no contestada la demanda de PROTECCIÓN S.A. por ser extemporánea (min 18:51 del audio 27).

En auto del 23 de noviembre de 2022, se ordenó integrar a COLFONDOS S.A. en calidad de litisconsorte necesario por pasiva (expediente digital 16). Dicha entidad **en la contestación**, dice que no le constan los hechos de la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, la genérica, prescripción, compensación (expediente digital 21). No obstante, en la etapa de saneamiento, el Juez desvinculó a la sociedad

COLFONDOS S.A. al evidenciar un vínculo del demandante y dicha AFP (expediente digital 29 y audio 27 min 21:25).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La sociedad PROTECCIÓN S.A. solicita se declare que la entidad accionada, a solicitud del Sr. Orlando de Jesús Zapata Jaramillo le reconoció la pensión de vejez bajo la modalidad de Garantía de Pensión Mínima desde el 1º de octubre de 2020 y se encuentra en nómina de pensionados, con una mesada pensional de \$1.000.000; que la sociedad PROTECCIÓN S.A., le reconoció retroactivo pensional del 1º de octubre de 2020 al 30 de diciembre de 2020 por valor de \$3.511.212; se declare que la sociedad PROTECCIÓN S.A. se encuentra pagando la pensión de vejez al Sr. Orlando de Jesús Zapata Jaramillo por valor de \$1.000.000.

En caso de prosperar la pretensión formulada por el Sr. Orlando de Jesús Zapata Jaramillo en su demanda, y se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación, se CONDENE al Sr. Orlando de Jesús Zapata Jaramillo, a reintegrar a la PROTECCIÓN S.A. los valores que esta AFP le ha pagado por concepto de mesadas pensionales de vejez desde el 1º de octubre de 2020 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, y reintegrar el valor que le fue pagado por concepto de retroactivo pensional; se le ordene al Sr. Orlando de Jesús Zapata Jaramillo, pagar las condenas antes indicadas, con la rentabilidad que dicho dinero habría producido de haber permanecido bajo la administración de PROTECCIÓN S.A o en subsidio se condene a pagar las condenas invocadas en la presente demanda de manera indexada, hasta la fecha de su pago efectivo.

Solicita se autorice a PROTECCIÓN S.A. a suspender el pago de las mesadas pensionales hasta que sea resuelto el litigio, toda vez que el Sr. Orlando de Jesús Zapata Jaramillo se encuentra en nómina de pensionados desde el 19 de enero de 2021. Se condene en costas procesales a la parte demandada en reconvención.

En el expediente no reposa contestación de la demanda de reconvención.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 11 de julio de 2023, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, ABSOLVIÓ a Colpensiones y a Protección S.A de las pretensiones de la demanda. Sin costas por la manera en que se resolvió el litigio.

Decisión que se sustenta porque a pesar de no existir prueba en donde se demuestren que al demandante se le dio las características del Régimen de Ahorro Individual y su comparativo con el Régimen de Prima Media, ni que le dieron la información necesaria para que el demandante emitiera un consentimiento informado, fue aportado al proceso prueba oficiosa del expediente digital 16, que corresponde al certificado donde consta que al demandante se le reconoció la garantía de pensión mínima a partir del 1º de octubre de 2020 y la relación de pagos que ha recibido, por lo que existe una condición jurídica pensional consolidada que no se puede revertir, y ello lo sustenta con las sentencias SL 373 de 2021 y SL 1465 y SL 1433 de 2023.

IMPUGNACIÓN

La apoderada del demandante apela la sentencia, solicitando se revoque la sentencia y se accedan a las pretensiones de la demanda, por considerar en el expediente no existe prueba en donde conste la asesoría completa y clara que le fue brindada COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS, sobre los efectos del traslado; que la sociedad COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS al dar una información incompleta, falta y ocultar información, generó un vicio en el consentimiento que al tomar la decisión de trasladarse y ello no se puede desconocer por el hecho de que el demandante ostente la calidad de pensionado, y debe primar el derecho del demandante de obtener una mesada pensional digna y sea reparado el daño al que se ve sometido; resalta que la ley no señala que para la procedencia de la ineficacia del traslado por el incumplimiento del deber de información, deba tener una expectativa pensional o derecho causado, por lo que no se puede imputar una consecuencia negativa a la accionada y se debe dar primacía al principio de favorabilidad y a la protección de los derechos del demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado del demandante solicita la revocatoria de la sentencia por considerar que la decisión se debe a una interpretación inadecuada de los arts. 44 y 48 de la Constitución Política y de la Ley 100 de 1993 y en reiteradas jurisprudencias de la Corte Constitucional, en materia pensional, ha manifestado que en un Estado Social de Derecho, la seguridad social y sus diferentes dimensiones, no solo reviste connotaciones de ser un derecho fundamental e irrenunciable, sino que también es un servicio público de obligatorio.

Que existió indebida información en el acto del traslado, reseñando que los asesores de los fondos privados de pensiones tienen una responsabilidad social importante debido a estar en juego el futuro de las personas, sin que sea aceptable que al demandante se le haya dado una charla con fines de captación masiva, lo que hizo que la información no fuera precisa ni adecuada; adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que las administradoras del sistema de pensiones, tienen una responsabilidad de carácter profesional, es decir, que tienen conocimiento técnico, científico, especializado y les corresponde brindar la asesoría al ciudadano y al no brindarse la asesoría personalizada, conllevan que la persona no tenga una información completa, veraz, imparcial y objetiva y la persona estaría tomando la decisión de trasladarse sin la información suficiente y se concreta el engaño, según la sentencias 31.989 de 2008, 31.314 y 33.083; conforme a lo anterior, la información suministrada a su representado, es sesgada, incompleta, deficitaria y genérica, le suministraron información falsa y manipulada al decirle que la pensión iba a ser superior y que a los 60 años se iba a pensionar. Que e haber adquirido la calidad de pensionado, no quiere decir que se tiene que obviar el hecho de que Protección no cumplió con el deber de información, y la falta de información no se entiende saneada por haber adquirido el derecho a la pensión.

Que las causas que llevaron al demandante a obtener la garantía de pensión mínima, es porque en el año 2019, la Sra. María Lucila Henao Tobón demandó al sr. Orlando de Jesús Zapata en un proceso de liquidación de sociedad conyugal, y el Juzgado Segundo de Familia de Oralidad de Bello ordenó

mediante oficio No. 143 de enero de 23 de 2019 el embargo de la cuenta de ahorros del hoy demandante, medida que no fue levantada hasta el día 09 de febrero de 2022 mediante Oficio N° 253, razón por la cual carecía de medios económicos para subsistir.

Sostiene que el demandante al haber recibido la garantía de pensión mínima, tuvo un detrimento patrimonial, porque se hubiera podido pensionar con Colpensiones con una mesada pensional más elevada, situación que no se puede dar en razón a la información incompleta e ineficiente recibida del fondo privado y la precaria situación económica en la que se encontraba. Conforme el artículo 4º del Decreto 656 de 1994, PROTECCIÓN S.A tiene el deber de responder por los perjuicios causados al demandante por no haber cumplido con su deber de información, lo cual sustenta con la sentencia SL 1688 de 2019.

La apoderada de Colpensiones considera que la decisión de primera instancia está ajustada a derecho, argumentando que el demandante tiene status consolidado de pensionado del Régimen de Ahorro Individual, y su situación jurídica se encuentra en marcada en el precedente de la sentencia SL 373 de 2021; que la decisión se hizo a favor del principio de estabilidad financiera del sistema, en tanto la afiliación a PROTECCIÓN S.A. se hizo en la forma indicada en el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003. Colpensiones no tuvo actuación omisiva ni contraria a derecho, por lo que no le compete realizar el traslado. Que se presume válido el traslado realizado por el demandante, al haber sido una afiliación libre. Asegura que el retorno al ISS se podría solicitar si la firma fuera falsificada, si el afiliado lo hubiera afiliado sin su consentimiento y el formulario no fuera firmado por él, si el traslado se debe a las sentencias C 789 de 2002, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, y frente al último numeral, manifiesta que el actor no se puede trasladar porque el requisito exigible para considerar viable el traslado del RAIS a Colpensiones a quienes le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad pensional, es tener 15 años de servicios al 1º de abril de 1994 y 30 de junio de 1995, trasladar al RPM todo el ahorro efectuado en el RAIS, que el ahorro realizado en el RAIS no sea inferior al monto del aporte en caso de haber permanecido en el RPM.

En el caso de que se confirme (sic) la sentencia, solicita se ordene al fondo privado, trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexados sin ningún tipo de descuentos por gastos de administración, seguros previsionales, primas de seguros de invalidez vejez y muerte, la prima de reaseguro de fogafín; devolver el porcentaje correspondiente al fondo de garantías; que Porvenir S.A está obligada a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, gastos de administración, comisiones indexados conforme las sentencias SL4964 de 2018, SL1688 de 2019, SL2877 y SL4811 de 2020 y SL 373 de 2021; los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades e indexados, conforme sentencias SL2209 y SL2207 de 2021, y los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle según la sentencia SL 3803 de 2021.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar si hay lugar a revocar la sentencia absolutoria y en su lugar declarar la ineficacia del traslado al haber incumplido la sociedad COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., con el deber de información y generarse un vicio en el consentimiento.

Para el caso en concreto no existe discusión y está acreditado que el demandante nació el 1º de octubre de 1958 (fl. 46 del expediente digital 02); cotizó al ISS desde el 7 de agosto de 1975 a octubre de 1998 un total de 704,57 semanas (fls 21 a 23 del expediente digital 06); solicitó traslado a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 24 de julio de 1999 (fl. 99 del expediente digital 02); de la historia laboral aportada por PROTECCIÓN S.A. con la contestación de la demanda (prueba que fue decretada por el Juzgado pese a haberse dado por no contestada), se observa que el demandante cuenta con un total de 2.277 semanas en toda la vida laboral, de las cuales 1.202,29 semanas reposan en Régimen de Prima Media y con 1.074.21 semanas fueron cotizadas a PROTECCIÓN S.A. (fl. 33 del expediente digital 18).

El accionante recibió asesoría de PROTECCIÓN S.A. **el 6 de octubre de 2020** (fl. 54 del expediente digital 14); presentó declaración juramentada solicitando la garantía de pensión mínima el **23 de octubre de 2020** (fl. 59); solicitó la pensión de vejez a PROTECCIÓN S.A y en comunicación del **5 de noviembre de 2020** PROTECCIÓN S.A. informó haber recibido solicitud (fl. 57 expediente digital 14 y expediente digital 18); en el expediente digital 18 obra prueba de la notificación con sello de radicación del **19 de enero de 2021**, del reconocimiento de la pensión de vejez por garantía de pensión mínima, a partir del 1º de octubre de 2020 y el reconocimiento de la suma de \$3.511.212 por retroactivo pensional causado del 1º de octubre al 30 de diciembre de 2020; certificado emitido por PROTECCIÓN S.A. donde manifiesta que el reconocimiento de la pensión de vejez fue el 19 de enero de 2021.

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.

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, SL782, SL1465 de 2021, SL 755, SL779, SL4297 de 2022 y SL1084 de 2023).

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”*, criterio reiterado además en las sentencias **SL 3707 del 18 de agosto de 2021**, y la **SL053 del 26 de enero de 2022**.

Además de lo anterior debe agregarse que la sentencia **SL3958 de 2019** de la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, 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 **SL 3676 de 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 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 demandante, lleva percibiendo la pensión por parte de PROTECCIÓN S.A **desde el año 2020**.

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 la 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 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:

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 revertir 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. (...)*** (Resalto fuera del texto)

Y el evento que hoy nos convoca, si bien el demandante se enmarca parcialmente en los presupuestos fácticos de la sentencia transcrita, toda vez que el Sr. Orlando de Jesús Zapata Jaramillo fue pensionado desde el 1º de octubre de 2020 y escogió pensionarse por **garantía de pensión mínima** (fl. 59 del expediente digital 14), no se puede pasar por alto que la sentencia SL 373 de 2021 además de hacer expreso pronunciamiento de las consecuencias de revertir el reconocimiento de la pensión de vejez reconocida bajo la modalidad de **renta vitalicia**, también enunció la consecuencia de revertir todas las operaciones, actos o los contratos celebrados **con las AFP**, al señalar:

*“Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. **Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.***

*Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. **En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP.** Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y*

gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

*Por lo tanto, **no se trata solo de revertir 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.” (Resalto de la Sala)*

De la lectura del aparte anterior, considera la Sala que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia hace alusión a los pensionados por vejez en el Régimen de Ahorro Individual, bajo la totalidad de las modalidades pensionales sin excepción alguna. Pero por si ello fuera poco, en sentencia SL 1113 de 2022 se analiza la ineficacia del traslado de un pensionado del Régimen de Ahorro Individual que eligió la modalidad de retiro programado (como ocurre en este evento), y en dicha oportunidad se llega a la misma conclusión de negar la ineficacia del traslado por tratarse de una situación jurídica consolidada al señalar:

“En realidad, el argumento central de esta Sala guarda más relación con la consecuencia práctica o, si se quiere, la imposibilidad de darle efectos a la declaratoria de ineficacia. Lo anterior puesto que, a criterio de esta Corporación, no 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), teniendo en cuenta que la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar «a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto» (CSJ SL373-2021). (...)”

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, no querrá una respuesta la justicia laboral que 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 tenerse en cuenta lo indicado por Corte Constitucional en la sentencia C 841 de 2003 cuando señaló 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 lo pagado y ya gastado por los pensionados.

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.

En virtud de lo expresado, para la Sala es claro que el demandante:

- Presentó demanda ordinaria laboral el **6 de agosto de 2020** según reposa en el acta de reparto del expediente digital 01;
- Recibió asesoría de PROTECCIÓN S.A. el **6 de octubre de 2020** (fl. 54 del expediente digital 14),
- Inició los trámites para la gestión del bono pensional el 19 de octubre de 2020 (fls. 51 a 52)
- Elevó solicitud de pensión de vejez el **23 de octubre de 2020** (fl. 53), la cual acepta PROTECCIÓN S.A. haberla recibido el **5 de noviembre de 2020** (fl. 57)
- Y le fue notificado el reconocimiento de la prestación económica por garantía de pensión mínima el **19 de enero de 2021** (fl. 70)

Lo que demuestra que el demandante desde el mes de agosto de 2020 contaba con una asesoría de un abogado, y que con base a ello conocía las ventajas y desventajas de acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual, no obstante, lo anterior, un mes y medio después de radicada la demanda decidió solicitar pensión de vejez y la recibió una vez fue reconocida sin que exista prueba en el plenario de las razones por las cuales el actor recibió la pensión de vejez reconocida y que fueron invocadas en los alegatos de conclusión. Lo que lleva a concluir que el estatus de pensionado fue aceptado en forma libre y voluntaria generándose la convalidación del traslado de régimen pensional. En consecuencia, se CONFIRMARÁ la sentencia absolutoria.

Frente a los demás aspectos alegados por la parte demandante, no se hará un pronunciamiento, teniendo en cuenta que el principio consonancia establecido en el art. 66A del CPT y SS establece “La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, **deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación**” y en el presente evento no fueron solicitados el reconocimiento de perjuicios (resalto fuera del texto).

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$290.000, por no prosperar el recurso de apelación.

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 proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, por las razones expuestas en esta sentencia.

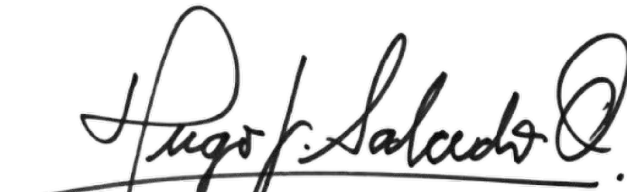
SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$290.000, por no prosperar el recurso de apelación.

TERCERO: Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ


HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARÍA SALA LABORAL
EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE	: ORLANDO DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-010-2020-00189-01
RADICADO INTERNO	: 223-23
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 03 de octubre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 03 de octubre de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO