

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARTA CECILIA MOLINA VELÁSQUEZ
DEMANDADO	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
LITISCONSORTES	NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
PROCEDENCIA	JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO. DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-007-2020-00240-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN DEMANDANTE
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado Pensionado RAIS - Improcedente, situación consolidada y consumada.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 262

Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

En atención a lo previsto en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 037 de 2023, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado judicial de la DEMANDANTE contra la Sentencia del 22 de agosto de 2023, proferida por JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

A través de apoderado judicial, la señora MARTA CECILIA MOLINA VELÁSQUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de que: 1) Se declare la violación al derecho a la libre escogencia de régimen pensional por parte de PROTECCIÓN S.A. 2) Así mismo, se declare la existencia de obligación a cargo de esta AFP de efectuar la tutela reintegradora del derecho a la pensión de vejez, resarciéndola en los términos en que le hubiere sido otorgada esta prestación en el RPMPD. 3) En consecuencia, solicitó condenar a PROTECCIÓN a reparar el derecho en comento, otorgándole la pensión en los términos de los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 758 de 1990, ordenándose el pago del mayor valor resultante de la reliquidación pensional. 4) Así mismo, solicitó el pago de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En subsidio de lo anterior: 5) Solicitó declarar como actores del hecho imputable al traslado de régimen y la permanencia en el RAIS, a PROTECCIÓN S.A., definiéndose la transgresión al derecho a la libre escogencia de régimen pensional de parte de esta. 6) Se declare la responsabilidad de PROTECCIÓN S.A. en la reparación integral, total y ordinaria de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados con su actuar. 7) En consecuencia, instó porque se condene a esta demandada al pago de la indemnización por los citados perjuicios, debidamente indexada.

Como pretensiones subsidiarias segundas, solicitó: **1)** Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella desde el RPMPD al RAIS, teniéndose como afiliada sin solución de continuidad al primero. **2)** En ese sentido, solicitó ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** que traslade con destino a **COLPENSIONES** los aportes depositados en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el respectivo bono pensional, disponiéndose que esta última los reciba e impute a la historia laboral. **3)** Con base en lo anterior, pidió condenar a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, pagando, en primer lugar, el mayor valor resultante de la diferencia entre la mesada que debía recibir y la que percibe en la actualidad, hasta que sea suspendido el pago de la garantía de pensión mínima percibida, y la mesada completa a partir de este momento, junto a la indexación de las sumas resultantes.

Sustentó sus pretensiones en que, nació el 24 de junio de 1955, afiliándose en pensiones al ISS a través de su empleador -*Ministerio de Transporte*-, entidad en la que permaneció hasta 1994, cuando se trasladó al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.**, acto para el que adujo, se produjo previo contacto con un asesor de esta entidad, quien incumplió el deber de información, pues no hizo un análisis de su situación pensional, no le explicó cuáles eran las modalidades pensionales, la forma de obtenerlas. Negó haber recibido comparativo de regímenes, al igual que tampoco se le expuso la posibilidad de retractarse, y mucho menos recibió dato sobre las desventajas de afiliarse a esa entidad, circunstancias que, de haber conocido, no hubiere suscrito el formulario de vinculación.

Que durante toda su vida laboral cotizó un total de 1.227 semanas, situación que, sumada al cumplimiento de la edad mínima de pensión, le llevó a solicitar a **PROTECCIÓN S.A.** la pensión de vejez, la cual le fue reconocida en comunicado del 1 de julio de 2016, con efectos retroactivos desde el 1 de julio de 2014. En ese sentido expresó que, de haber permanecido en el RPMPD, su eventual mesada pensional, liquidada conforme lo previsto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, y el Decreto 758 de 1990, ascendería a 2014 a la suma de \$3.862.958.

Que, si bien posee un estado jurídico consolidado, ello en virtud del reconocimiento de la pensión por parte **PROTECCIÓN S.A.**, al momento de su vinculación a esta entidad, se incumplió el deber de información, generándole así una serie de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales en torno al derecho a la pensión, los cuales deben ser reparados por la citada AFP (f. 2 a 40 Archivo 48 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a lo pretendido por la actora, formulando las excepciones de mérito denominadas: “(...) *INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN; INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE ASESORÍA DE TRASLADO PENSIONAL; IMPROCEDENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR PENSIÓN DE VEJEZ; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER INTERESES MORATORIOS DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993; IMPOSIBILIDAD DE TRASLADO DE REGIMEN POR ENCONTRARSE PENSIONADA POR EL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; INVERSIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA; ERRÓNEA INTERPRETACIÓN E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL AUSENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES DEL DEMANDANTE SEGÚN EL DECRETO 2241 DE 2010 Y EN VIRTUD DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS DEL CONTRATO DE AFILIACIÓN; DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN LOS FALLOS DE INEFICACIAS DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL; INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE; LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN; DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS; BUENA FE DE COLPENSIONES; PRESCRIPCIÓN;*

COMPENSACIÓN e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS (...)” (f. 1 a 23 Archivo 13 ED).

De igual forma, en respuesta a la reforma a la demanda, esta entidad adicionó como exceptivos los de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR y LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN (...)*” (Archivo 53 ED).

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** argumentó que la vinculación de la demandante al RAIS se dio de manera libre y voluntaria. Formuló como excepciones las de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; FALTA DE CAUSA; BUENA FE; PAGO; COMPENSACIÓN; PRESCRIPCIÓN; INDEBIDA PRESENTACIÓN DEL JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS COMO REQUISITO PROCESAL; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE (...)*” (f. 1 a 36 Archivo 18 ED y Archivo 29 ED).

En providencia del 9 de febrero de 2023 se tuvo por no contestada la reforma la demanda por parte de **PROTECCIÓN S.A.**

Mediante Auto del 28 de julio de 2021, el Juzgado de primer grado vinculó al presente trámite como Litisconsorcio Necesario en el extremo pasivo al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (Archivo 27 ED), entidad que procedió con la contestación en memorial del 22 de octubre de 2021 (Archivo 39 ED), resistiendo la procedencia de lo pedido, al considerar que la demandante no hizo uso de las oportunidades que tuvo a la mano para regresar al RPMPD, y añadió que la variación en el monto de la pensión no constituye un vicio del consentimiento.

Por consiguiente, propuso las excepciones de mérito que denominó: “(...) *FALTA DE EJERCICIO DE LA FACULTAD DE REGRESAR AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA ADMINISTRADO POR COLPENSIONES; LA VARIACIÓN DEL MONTO DE LA PENSIÓN NO CONSTITUYE VICIO DEL CONSENTIMIENTO NI CAUSAL DE INEFICACIA; VALIDEZ Y EFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN NO PUEDE SUSTENTARSE EN LA REALIZACIÓN O NO DE UNA PROYECCIÓN PENSIONAL; LA OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO YA CUMPLIO CON LA EMISIÓN DEL BONO PENSIONAL DE LA SEÑORA MARTA CECILIA MOLINA VASQUEZ y LA SEÑORA MARTA CECILIA MOLINA VASQUEZ ES BENEFICIARIA DE UNA PENSION DE VEJEZ SITUACIÓN QUE IMPIDE SU RETORNO A COLPENSIONES (...)*” (Archivo 40 ED).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Al término del traslado, **PROTECCIÓN S.A.** formuló demanda de reconvencción en contra de la señora **MARTA CECILIA MOLINA VELÁSQUEZ**, solicitando: **1)** Que se declare que de parte de esta AFP se reconoció a la demandante la pensión de vejez. En consecuencia, solicitó que, en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, se condene a la señora **MOLINA VELÁSQUEZ** a reintegrarle los recursos pagados por concepto de mesadas que le han sido canceladas desde el momento en que le fue reconocida, incluyendo la rentabilidad que se habría generado de permanecer bajo la administración de **PROTECCIÓN** o la indexación de tales montos. **2)** Así mismo, peticionó la autorización para suspender el pago de la prestación hasta tanto se resuelva el litigio (f. 1 a 4 Archivo 19 ED).

RESPUESTA DE LO DEMANDADO EN RECONVENCIÓN

A lo propuesto por la AFP, respondió la defensa de la señora **MOLINA VELÁSQUEZ**, formulando como medios exceptivos los de: “(...) BUENA FE E IMPOSIBILIDAD DE RESTITUIR LAS MESADAS PENSIONALES LEGÍTIMAMENTE RECIBIDAS; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE RESTITUIR MESADAS y PRESCRIPCIÓN (...)” (f. 1 a 12 Archivo 46 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante Sentencia del 22 de agosto de 2023, decidió:

*“(...) **Primero: ABSOLVER a PROTECCION SA, a COLPENSIONES y a la vinculada al proceso, la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA – OFICINA DE BONOS PENSIONALES de todas las pretensiones invocada por la parte demandante.***

Segundo: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por PROTECCION S.A. denominadas, inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, por COLPENSIONES denominadas, inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen, inexistencia de la obligación de reconocer intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, imposibilidad de traslado de régimen por encontrarse pensionada por el régimen de ahorro individual con solidaridad, imposibilidad de condena en costas, y por la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, denominada la demandante es beneficiaria de una pensión de vejez situación que impide su retorno a Colpensiones, conforme la parte motiva de este proveído.

Tercero: ABSOLVER a la demandante, señora MARTA CECILIA MOLINA VELÁSQUEZ de las pretensiones invocadas en la demanda de reconvención formulada por la AFP PROTECCION S.A.

Cuarto: CONDENAR en costas a la demandante y en favor de las codemandadas en la suma de \$1.160.000, equivalente a 1 SMMLV distribuido en partes iguales entre las codemandadas, según lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016. (...).

Como sustento de su determinación, el *A quo* sostuvo de entrada la imposibilidad de acceder a las pretensiones de la demanda; recordó para ello los fines del sistema de protección pensional dual creado por la Ley 100 de 1993, edificado sobre la base del derecho a la libre selección de régimen (RPMPD o RAIS), norma que contempla igualmente una serie de sanciones contra quien atente contra esta prerrogativa (Art. 271).

Acto seguido, explicó las obligaciones a cargo de las AFP regladas desde el Decreto 663 de 1993 en torno a brindar la asesoría necesaria a los potenciales afiliados, deber que, conforme la Jurisprudencia, ha ido evolucionando, tornándose más estricto, exigiendo características de buen consejo o la doble asesoría (Sentencia 1452-2019), aspectos que, de no advertirse cumplidos, dan lugar a la ineficacia del traslado.

No obstante adujo que, en el caso de las personas pensionadas, en sentencia SL373-2021, se concluyó que respecto de estas personas no podía aplicarse los efectos de la ineficacia, por tratarse de una situación jurídica consolidada. Luego, frente a los perjuicios reclamados, señaló que era necesario que estos aparecieran probados por parte del interesado (SL1689-2019), aspecto que, en el particular, coligió, no fue acreditado por la demandante.

De otro lado, consideró que no había lugar a estudiar la demanda de reconvención, toda vez que esta dependía de la prosperidad de los pedimentos del gestor principal.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la **DEMANDANTE** apeló la decisión manifestando que la misma jurisprudencia incluye lo relacionado con el principio de reparación integral, anotando

bajo esa idea anotó que, el deber de información fue creado desde 1994, es decir, desde cuando surgieron los fondos de pensiones (Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y Decreto 720 de 1994), normativa que exigía de las AFP brindar una información suficiente, amplia y oportuna; ilustrativa para los afiliados sobre la garantía del derecho a la libre elección de régimen, lo cual, de ser transgredido, generaba la ineficacia de la afiliación reglada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sin que pueda hablarse de saneamiento o posición consolidada. De ahí que resaltó, de años atrás la jurisprudencia ya venía considerando la reparación de los perjuicios ocasionados por las administradoras negligentes en el cumplimiento del deber de información.

Bajo esa idea manifestó que, pese a la posición del precedente jurisprudencial actual, también se ha dejado sentado que quien cause un daño está obligado a repararlo, principio que no ha sido aplicado en el particular, en los términos de la Ley 446 de 1998; respaldando sus argumentos en figuras como la inaplicación por inconstitucionalidad y la favorabilidad, predicando la posibilidad de reintegrar los derechos por parte de la AFP de acuerdo con las diversas formas que el ordenamiento plantea para ello, al margen de la posición restrictiva del Tribunal de Medellín – Sala Laboral, punto en el que resaltó la relevancia del derecho pensional que no tiene comparación con otras prestaciones, por ejemplo, como la devolución de saldos.

De otro lado expuso, no tener noticia acerca de que en esta clase de procesos resultaren afectados terceros, como quiera que, ante una decisión condenatoria, solo se retrotrae una operación financiera a efectos de que proceda **COLPENSIONES** a pagar la pensión, añadiendo que, precisamente, la condición de afiliado al sistema no se pierde, ni siquiera habiendo alcanzado la pensión.

En cuanto a la demostración del perjuicio, insistió en que estos radican en la diferencia pensional, lo que no necesita más que un comparativo que establezca la diferencia entre una y otra prestación, aunado a que era el fondo quien debía acreditar el cumplimiento de las obligaciones informativas a su cargo, aspectos que no pueden desconocerse con una posición restrictiva.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro del término otorgado, el mandatario de la **DEMANDANTE** presentó alegatos aseverando que existe dentro del ordenamiento jurídico la posibilidad de resarcimiento del daño causado, por ejemplo, la reintegración del derecho a la pensión en los términos en que le hubiere correspondido la prestación en el RPMPD, con carácter vitalicio y transferible a sus beneficiarios, esto, según expuso, porque lo perseguido es el cumplimiento del objeto contractual en las condiciones anotadas, situación que puede predicarse en esta clase de asuntos donde se produjo el menoscabo al derecho fundamental a la seguridad social, debiendo adecuarse la reparación de acuerdo con la calidad del daño, abandonando el concepto estricto de indemnización, por otro tipo de restitución, cual fuere la reintegración por un derecho equivalente, protección que quedó permitida desde la Sentencia SL373 de 2021, motivos por los que reclamó la revocatoria de la sentencia de primer grado (Archivo 04 Tribunal).

El apoderado de **COLPENSIONES** solicitó en sus alegaciones la confirmación de la sentencia, tras relieves las condiciones del ejercicio del derecho a la libre elección de régimen del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, hecho que, a su juicio fue acreditado en el presente proceso, en la medida que el citado aceptó haber recibido de la AFP la información suficiente para la generación de un grado de confiabilidad que lo llevó a afiliarse a dicho régimen, entre estas, las condiciones básicas de funcionamiento del RAIS, datos reiterados en la reasesoría brindada con posterioridad, momento en el que incluso le fue puesta de presente proyección pensional que le recomendó su traslado al RPMPD,

siendo su decisión permanecer en el fondo privado. Que, pese a la sólida línea jurisprudencial sobre la temática estudiada, no se observa el incumplimiento del deber de información en el caso de autos.

Luego, refirió que la demandante está inmersa en la prohibición de traslado en razón de su edad, cuestión que, de transgredirse, podría desestabilizar el RPMPD, como quedó expuesto en Sentencia C-1024 de 2004. Así mismo, esbozó que para su defendida eran inoponible la ineficacia en su condición de tercero de buena fe, erigiéndose sobre la AFP la responsabilidad de reparar el daño generado con su actuar, incluidos los que se irradian a terceros, por lo que, de ser el caso, dicha entidad tiene a su cargo el pago de la equivalencia económica entre los aportes que se devuelven del RAIS al RPMPD.

No obstante, si se decide la procedencia ineficacia, solicitó ordenar devolución de la totalidad de la cotización efectuada por la demandante, sin descuento alguno, todo a fin de mantener el equilibrio de la sostenibilidad financiera (Sentencias SU-062 de 2010, SU-130 de 2014, SL4989-2018 y SL1688-2019) (Archivo 03 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en establecer si hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS realizada por la señora **MARTA CECILIA MOLINA VELÁSQUEZ** por la omisión en que se dice, incurrió **COLPENSIONES S.A.** respecto del deber legal de brindarle información relevante al momento de su vinculación al fondo, ello a pesar ostentar en la actualidad la calidad de pensionada del RAIS, por la AFP demandada.

De ser así, se establecerá si hay lugar a ordenarle a **PROTECCIÓN S.A.**, que proceda con la reliquidación de la pensión de vejez de la actora, en los mismos términos que le hubiere correspondido de haber permanecido en el RPMPD, junto con el pago de los intereses de mora reglados en artículos 141 de la Ley 100 de 1993. En su defecto, habrá de analizarse la procedencia de la indemnización plena de perjuicios peticionada.

Se procede entonces a resolver los planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero reseñar que en atención a lo normado en el artículo 66A CPT y SS la decisión de esta instancia se circunscribe a los asuntos materia del recurso de apelación, restricción a la competencia funcional del fallador de segundo grado, que impone el deber de decidir estrictamente dentro del marco fijado en la alzada (SL 2808-2018), con la salvedad hecha para los derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador (SL8613-2017 y SL12869-2017), según lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-968 de 2003.

A esta altura de la Litis no se discuten los siguientes supuestos:

- (i) Que la señora **MARTA CECILIA MOLINA VELÁSQUEZ** nació el 24 de junio de 1955 (f.18 Archivo 03 ED).
- (ii) Que la demandante estuvo afiliada al ISS, entidad a la que cotizó entre 1990 y 1993.
- (iii) Que el 29 de noviembre 1994 la actora decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PROTECCIÓN S.A.** (f. 19 Archivo 03 ED y f. 45 y 50 Archivo 18 ED).

- (iv) Que previa solicitud de pensión elevada por la señora **MOLINA VELÁSQUEZ**, el 11 de julio de 2016 la AFP **PROTECCIÓN S.A.** accedió a reconocerle la citada prestación, efectiva desde el mes de julio de 2014, en la modalidad de retiro programado (f. 88 a 97 Archivo 18 ED).
- (v) Que el 16 de julio de 2020 la accionante solicitó a **COLPENSIONES** declarase la ineficacia de su traslado al RAIS, y de esa manera la tuviera como afiliada al RPMPD, con el consecuente reconocimiento pensional, petición negada por esta entidad en comunicado de la misma fecha (f. 68 a 71 Archivo 02 ED y Expediente Administrativo).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para resolver el problema jurídico planteado, lo primero a recordar por la Sala es que, en procesos en los cuales se discute la ineficacia del traslado de régimen, con ocasión del incumplimiento por parte de las administradoras del RAIS del deber de información, se trae a colación, como lo mencionó el apelante, acorde a la jurisprudencia vigente sobre el tema que, en primer lugar, tal deber surge del tenor del literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, conforme al cual los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses; condición cuyo alcance, según el Órgano de Cierre en sede laboral ordinaria, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ SL 3719-2021).

En hilo con lo anterior, ha discernido la Corte que no se puede alegar «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL 1442-2021, CSJ SL40161-2021 que rememoran la CSJ SL12136-2014).

Se desprende de lo expuesto, que fue desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones que se impuso el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, otorgando la información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ SL 1688-2019).

Sin embargo, más allá del planteamiento de la parte en cuando al incumplimiento del deber de información a cargo de las AFP, y que, en efecto, de la probanza arrojada, especialmente, el formularios de afiliación que muestran la vinculación de la demandante a **PROTECCIÓN S.A.**, (f. 45 Archivo 18 ED), no se observe el cumplimiento de tal obligación legal, es menester precisar que, pese a que el criterio que traía la Corte Suprema de Justicia en punto al tema, a saber, la invalidación del traslado de un régimen pensional a otro cuando quien demanda es un **PENSIONADO**, era en el sentido de que ello era viable, según lo venía sosteniendo desde la sentencia proferida dentro del Rad. 31989 del 9 de septiembre de 2008, la **Sala Especializada Laboral del Tribunal de Medellín**, en Sentencia Unificación proferida del 14 de mayo de 2019 dentro del proceso con Rad. 007-2015-001295, llegó a una conclusión contraria, es decir en el sentido de la improcedencia de aquella posibilidad, en razón a las ostensibles diferencias que se evidencian respecto de la posición del afiliado, y los efectos nocivos que su aceptación desencadenarían, explicando a este respecto:

“(…) 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 sentencia C-841 de 2003, acuden con autoridad para esclarecer ese reductio ad absurdum.

(...)

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 serían solo dos ejemplos del impacto que en el mundo real tendría declarar la ineficacia de la afiliación de quienes ya se han pensionado en el régimen de ahorro individual. Impacto que responsablemente esta Sala quiere evitar, decidiendo, mediante esta sentencia de Unificación que no puede declararse la ineficacia ni la nulidad de su afiliación. (...)

A tono con lo expuesto, la Alta Corporación de lo laboral también abandonó dicha postura, a través de la Sentencia **SL373-2021 del 10 de febrero 2021**. En la decisión en comento precisó la Corte, que no resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación en los eventos en los que, como el presente caso, nos encontramos frente a un **PENSIONADO**, esto es, ante quien ya se encuentra en disfrute de la prestación que ofrece el régimen de ahorro individual, toda vez que en tal supuesto estamos de cara a una **“(...) situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (...)”**.

En ese sentido, adujo que no es posible borrar la calidad de pensionado sin más, **porque tal situación daría lugar a múltiples disfuncionalidades que terminarían afectando a una pluralidad de personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de terceros, y del sistema**. Así los expuso, explicando lo siguiente:

*“(...) 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** (...)”* (Negrilla y Subraya de la Sala).

Frente a ello, en la misma providencia, el Alto Tribunal enunció varias de las situaciones problemáticas y las afectaciones que conllevaría la decisión de retrotraer los efectos de la afiliación de una persona ya pensionada en el RAIS, entre estos:

“(...) 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 revertir esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

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

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el

dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de 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.

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 defiendan 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.”

Concluyendo, que sin pretender agotar todas las situaciones problemáticas que el asunto conlleva, los aspectos citados son suficientemente demostrativos de la tesis planteada en punto a que se da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado con la adquisición de la calidad de PENSIONADO del RAIS, con independencia del hecho de que el solicitante en su momento hubiese estado beneficiado con el régimen de transición en el RPMPD, en virtud de la configuración de su derecho prestacional en el nuevo régimen privado, **cuyos efectos en caso de revertirse tal condición, podrían afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.**

Tal postura, ha sido reiterada, por citar ejemplos, en Sentencias como la SL2432-2021, SL2388-2021, SL1789-2021 y SL1692-2021, entre otras decisiones.

Lo anterior sirve para denotar que, luego de efectuar el análisis de cara a las circunstancias devenidas de aceptar también la posibilidad de tener como ineficaz el acto de afiliación de alguien que ya ostenta la condición de pensionado en el RAIS, el precedente del órgano de cierre de esta jurisdicción laboral, e incluso el horizontal, son coherentes al concluir en su improcedencia, criterio que hoy por hoy se mantiene férreo en ambos escenarios, y muestra de ello son los sucesivos y reiterados pronunciamientos emitidos con posterioridad a la SL373-2021, citados en precedencia, lo cual, a juicio de esta Sala, debe acogerse en virtud de lo que representa para la seguridad jurídica el precedente de las Altas Cortes, que lleva implícito la función de **unificar jurisprudencia**.

En esos términos lo dejó sentado la Corte Constitucional en Sentencia C-335 de 2008 en la que reiteró la fuerza vinculante del precedente de los Órganos de Cierre, resaltando además la garantía del derecho a la igualdad que se desprende de tal circunstancia:

*“(…) Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundará en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. **De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la***

vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares (...). (Negrilla y Subraya de la Sala).

Más adelante, en Sentencia SU-053 de 2015 predicó: “(...) *En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad (...)*”.

Con base en lo anterior, concluye la Colegiatura, pese a la insistencia de la recurrente, que no es dable declarar la ineficacia de las afiliaciones, cuando nos encontramos ante una situación de esta índole, más aún si se tiene en cuenta que la reclamante viene recibiendo regularmente el pago de su mesada pensional desde **julio de 2014** (f. 88 a 89 Archivo 18 ED), situación que muestra la desfinanciación del capital inicialmente ahorrado.

Atendidas las consideraciones expuestas en precedencia, en virtud de lo anterior, la Sala mantiene la postura asumida por este Tribunal, que como se dijo, es concordante con la tesis actual de la Corte Suprema frente al tema, en punto a la **improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de un PENSIONADO en el RAIS**, además que no se encuentran razones que ameriten apartarse del citado precedente, que se comparte a cabalidad.

Así las cosas, en el caso concreto emerge con evidencia que a la señora **MARTA CECILIA MOLINA VELÁSQUEZ** le fue aprobado el reconocimiento de la prestación pensional por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, bajo la modalidad de retiro programado, conforme la selección efectuada por la propia demandante, pagadera retroactivamente desde julio de 2014, prestación que se observa, viene siendo cancelada regularmente, como lo aceptó la propia demandante en su interrogatorio de parte (Archivo 61 ED), financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual, entre los cuales se cuenta, de acuerdo con los aportes efectuados al RPMPD (f. 19 Archivo 03 ED), el bono pensional emitido y pagado por el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** – *Res. No. 15275 de fecha 25 de mayo de 2016 f. 23 Archivo 40 ED*-, trámite que dependió de la gestión adelantada por la AFP ante la entidad emisora, y que contó con la aprobación de la liquidación provisional efectuada por la OBP, y la autorización de su emisión por parte de la demandante (f. 86 a 87 Archivo 18 ED).

De ahí que, habiendo adquirido el estatus jurídico de PENSIONADA durante su vinculación al RAIS, al tenor de lo adocetrinado por este Tribunal y la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es dable retrotraer tales situaciones como se pretende, juzgándose entonces como acertada la decisión de primer grado.

Ahora bien, en relación con los argumentos expuesto por el recurrente, la Corporación no es ajena a que las súplicas de la parte demandante, apuntan a la existencia de condiciones económicas más favorables, y en ese caso, como se expone en el recurso, la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció que la conclusión estudiada en esta sede, no implica *per se*, que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener una reparación, debiendo acudir para ello a la vía de la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, en atención al principio general del derecho consagrado en el artículo 2341 del Código Civil, según el cual quien comete un daño por culpa, está obligada a repararlo. De esa manera lo trazó la decisión comentada al mencionar que:

“(…) Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados. (…). (Subraya y Negrilla de la Sala).

En concordancia con lo anterior, en Sentencia **SL3535-2021** el Alto Tribunal dio visos de la manera como podría verse representada la indemnización económica, al mencionar que esta podría ser equivalente al pago de **“(…) la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD. Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar (…)**”, reiterando que, en todo caso, corresponde el Juzgador asumir las medidas que advierta necesarias en procura de resarcir el agravio causado, y de esa manera lograr el restablecimiento de las prerrogativas violentadas.

En ese sentido nótese que, si bien es viable que el pensionado que en su momento se trasladó al RAIS con inconsistencias a la hora de recibir la debida asesoría, pugne por obtener la indemnización del perjuicio ante la irreversibilidad de su situación jurídica, el infortunio de la actora radica en que, independiente de que para la Juez la reparación solicitada no resultare procedente, el análisis de los supuestos fácticos aquí esbozados no lleva a otro camino distinto a confirmar la decisión de primera instancia, pues se advierte que la demandante es beneficiario de la pensión de vejez en el RAIS desde el mes de julio de 2014, conforme lo certificó **PROTECCIÓN** en la documental de folios 98 a 100 Archivo 18 ED. Lo anterior representa que la señora **MOLINA VELÁSQUEZ** consolidó su situación pensional seis (6) años antes de la iniciación del presente proceso, hecho preponderante en este puntual caso, porque no empece a que incluso pudiera considerarse la existencia de un perjuicio económico en cabeza de esta, la misma estaría afectada por los efectos de la prescripción propuesta por las demandadas.

Precisamente, como lo señaló el Juez de instancia, la Jurisprudencia Especializada ha señalado que la indemnización mencionada es susceptible de prescribir, cuestión recordada recientemente en la Sentencia **SL053-2022** en la que señaló:

“(…) No obstante, «En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento» (CSJ SL373-2021), lo que lleva a colegir que en el presente asunto aquel se superó con creces como lo sostuvieron las demandadas al proponer el correspondiente medio exceptivo, pues la pensión anticipada de vejez que se le reconoció a Roberto Cesáreo José Francisco Ceballos Restrepo lo fue a partir del 5 de abril de 2002 (f.º 31-32) y la presente acción judicial tan solo se ejerció el 24 de enero de 2018 como da cuenta el acta de reparto visible al anverso de la carátula final del expediente, esto es, superado ampliamente el término trienal contemplado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, razón por la cual no resulta procedente su imposición. (…)” (Negrilla y Subraya de la Sala).

Huelga destacar que, las decisiones en comento relieván de manera especial el momento desde el cual comienza a contarse el periodo prescriptivo en esta clase de asuntos, que, en efecto, no queda sujeto a circunstancias de índole subjetivo, sino a la **adquisición del estatus de pensionado**, que para la demandante lo fue en el año 2014.

En ese sentido, al verificar los términos, la Colegiatura encuentra sin mayor elucubración que: la prestación pensional fue reconocida por parte de **PROTECCIÓN S.A.** para el mes de julio de 2014, informada mediante oficio notificado el 18 de julio de 2016 (f. 88 a 97 Archivo 07 ED), y posteriormente, el 24 de agosto de 2020 (Archivo 02 ED), presentó la demanda originaria del presente proceso.

En ese sentido, partiendo desde el momento de la comunicación del derecho pensional, es evidente que a la fecha de radicación de la demanda había transcurrido con creces el plazo trienal para la consolidación de la prescripción, por lo que debe mantenerse incólume la decisión inicial. El término en comento se resalta, fue traspasado, aun teniendo en cuenta el periodo de suspensión de términos a raíz de la pandemia entre **marzo y junio de 2020** (Acuerdos PCSJA-11517, PCSJA20-11518, PCSJA-11519, PCSJA-11521, PCSJA20-11526, PCSJA-11527, PCSJA-11528, PCSJA-11529, PCSJA-11532, PCSJA-11546, PCSJA-11549, PCSJA-11556 y PCSJA-11567 todos de 2020).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, habrá de confirmarse la decisión estudiada. Las costas de esta instancia estarán a cargo de la demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia 22 de agosto de 2023, proferida por el JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

SEGUNDO: Las **COSTAS** de esta instancia están a cargo de la **DEMANDANTE**, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA