

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	: JULIO CESAR FRANKY OCAMPO
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, COLPENSIONES Y SEGUROS DE VIDA ALFA
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-013-2018-00419-01
RADICADO INTERNO	: 148-21
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 182

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 grado de consulta, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

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

ANTECEDENTES

La parte demandante, solicita como pretensiones declarativas principales se DECLARE la ineficacia o nulidad del traslado realizado al RAIS y en consecuencia que dicha afiliación quede sin afecto, y se declare la nulidad e ineficacia del contrato de seguro de renta vitalicia de vejez celebrado con Seguros de Vida Alfa S.A y se declare vigente y sin solución de continuidad la afiliación del demandante al RPM y que este nunca perdió el régimen de transición y que en consecuencia le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en el RPM en aplicación del decreto 758 de 1990 o la ley 71 de 1988, y la sentencia SU 769 de 2014 por la cual es posible acumular tiempos de servicios prestados tanto en el sector público como en el privado.

Así mismo solicita se declare que Colpensiones debe reconocer y pagar retroactivamente la diferencia existente entre la mesada pensional que ha venido recibiendo del RAIS desde el mes de abril de 2017 y la que hubiera recibido en Colpensiones.

Partiendo de lo anterior solicita se CONDENE a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A a pagar a Colpensiones el valor correspondiente a los aportes efectuados por el demandante a PORVENIR S.A y que actualmente están en su poder y se CONDENE a COLPENSIONES a reactivar la afiliación en el RPM y recibir los aportes trasladados, y a reconocer y pagar la pensión de vejez con régimen de transición, los intereses moratorios y la indexación y se CONDENE a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A pagar la pensión de vejez hasta que sea incluida en nómina de pensionados por Colpensiones.

Como fundamento factico de las pretensiones indicó que, nació el 18 de junio de 1953 y fue afiliado al ISS el 01 de septiembre de 2001. Que cuenta con tiempos de servicios públicos y privados previos al traslado de régimen un total de 648 semanas, y que además tenía más de 40 años de edad al 01 de abril de 1994 y mas de las 750 semanas para la vigencia del acto legislativo 01 de 2005. Que el 18 de junio de 2013 acreditó 60 años de edad y mas de 1.000 semanas cotizadas y contaba además al 31 de diciembre de 2014 1.183,86 semanas cotizadas, y tiene en toda su vida laboral 1.271,86 semanas cotizadas. Que el 18 de octubre de 2001 suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A realizando la primera cotización en el mes de octubre de 2001 hasta abril de 2017. Que para la fecha del traslado contaba con 48 años de edad y 654.86 semanas cotizadas y laboraba al servicio de la caja de compensación familiar del Valle del Cauca COMFANDI como docente de bachillerato. Que cotizó en el RAIS un total de 628.57 semanas y que al momento del traslado no se le suministro la información de las consecuencias de dicho traslado. Que mediante comunicación del 08 de octubre de 2014 PORVENIR S.A le realiza simulación pensional cuando este contaba con 61 años de edad arrojando como mesada pensional la suma de \$666.600 sin volver a cotizar y la suma de \$675.800 cotizando el 100% hasta el tiempo de pensión. Que mediante comunicación del 06 de septiembre de 2016 PORVENIR S.A, en respuesta a solicitud de pensión aportada el 14 de enero de 2016 solicita aportar documentación adicional para acceder al beneficio de la garantía de pensión mínima y el 04 de enero de 2017 radico ante PORVENIR S.A formulario de reclamación de prestación económica por el cual hace entrega de la documentación requerida para la aprobación de la

solicitud pensional. Que mediante comunicación del 12 de abril de 2017 PORVENIR S.A le informa que se llevó a cabo la cotización y contratación de una póliza de renta vitalicia para el paso de su pensión bajo la modalidad de renta vitalicia con la compañía de seguros de vida Alfa S.A y que dicha compañía iniciaría el pago de sus mesadas pensionales antes del 30 de mayo de 2017. Que mediante comunicado del 27 de junio de 2017 dicha aseguradora certifica que el demandante es beneficiario de póliza de renta vitalicia por vejez desde el mes de abril de 2017 por valor de \$763.412, y mediante comunicado del 15 de noviembre de 2017 en respuesta a derecho de petición PORVENIR S.A niega la solicitud de traslado del RAIS al RPM administrado por Colpensiones. Que mediante comunicado del 21 de noviembre de 2017 PORVENIR S.A manifestó no contar con los archivos físicos que den cuenta de las proyecciones económicas ni de la asesoría brindada al momento del traslado, así como acepta no haber brindado asesoría antes de cumplir los 52 años de edad. Que el 21 de noviembre de 2017 solicitó a Colpensiones tener nula e ineficaz la afiliación al RAIS y como consecuencia se acepte el traslado de régimen y se reconozca la pensión y el 15 de marzo de 2018 solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión sin haber recibido respuesta. Que el calculo de la mesada pensional sea aplicando el 90% o el 75% es mucho mayor a la obtenida en el RAIS.

por su parte la demandada Seguros de Vida Alfa al dar contestación a la demandada propuso demandada de reconvención solicitando que en caso de declararse la ineficacia o nulidad del traslado se ordene al demandante a reintegrar a favor de dicha entidad el valor de las mesadas pensionales pagadas y que asta febrero de 2019 ascienden a la suma de \$17.452.357 así como pagar el valor de mesadas que se causen y paguen después del 28 de febrero de 2019 debidamente indexadas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 21 de mayo de 2021, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, ABSOLVIO a COLPENSIONES, la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, PORVENIR S.A. Y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra por el señor JULIO CESAR FRANKY OCAMPO. ABSOLVIO al señor JULIO CESAR FRANKY OCAMPO de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra en la demanda de reconvención. CONDENÓ en COSTAS a cargo del demandante y en favor de PORVENIR S.A., SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.

y COLPENSIONES. y fijó como agencias en derecho en la suma de \$1.200.000, corresponde a cada una la suma de \$400.000.

El proceso llega a esta corporación en el grado de consulta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante presenta alegatos de conclusión solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, la cual se conoce en el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que la decisión del a quo es totalmente desacertada y contraria a jurisprudencia que sobre el tema ha edificado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, además de haberse efectuado en la primera instancia una valoración probatoria muy desacertada.

Que además debe tenerse presente en la segunda instancia, la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha dejado mucho más clara la línea jurisprudencial que sobre el tema se viene manejando desde el año 2008 cuando aparecieron inicialmente las sentencias de nulidad del traslado de régimen pensional, hasta que en el año 2014 se comenzó a tratar este tema como una ineficacia del traslado, que es la postura que de manera pacífica se trae hasta el momento, precisando que debe tenerse en cuenta la sentencia SL 1452 del 03 de abril de 2019 en la cual la Sala de Casación concretó su línea jurisprudencial.

Que la posición adoptada por la a quo es desacertada y contraria a la jurisprudencia de la CSJ, pues está claro que a la demandante, el fondo demandado, en ningún momento le dio una asesoría clara, completa y eficiente, como para concluir que tuvo la capacidad y el conocimiento al momento del traslado de régimen pensional, para poder comparar las consecuencias y beneficios que dicho cambio acarrearía en su futuro pensional, pues como se observa en el plenario, el fondo demandado sólo se limitó a efectuar la afiliación, sin dar ningún tipo de asesoría, desconociendo que así se lo indicaba el Estatuto Financiero contenido en el Decreto 663 de 1993, así como la misma Ley 100 de 1993.

Que, por lo anterior, el traslado de régimen efectuado por el demandante en abril de 1997, es ineficaz, ya que no existió un consentimiento informado que

permita concluir que la decisión se tomó de manera libre y voluntaria, tal y como lo señala el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 271 de la misma ley, por lo que solicita revocar la sentencia.

El apoderado de Colpensiones presenta alegatos de conclusión manifestando en síntesis que se debe confirmar la teniendo en consideración lo planteado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373 de 2021, la cual establece la imposibilidad de aplicar la ineficacia de traslado en aquellos casos donde el demandante ya se encuentre pensionado por el fondo privado, situación que acontece en el presente proceso, precisando además que el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003, la cual instauró un límite para trasladarse entre los regímenes, indicando que a las personas que le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a su pensión. En caso de revocarse la sentencia solicita, en aras de proteger el principio de sostenibilidad financiera del sistema, se ordene que las sumas devueltas a Colpensiones se realicen de manera indexada, y teniendo en cuenta no solo la devolución de aportes, rendimientos y cuotas de administración, sino también, las comisiones para cubrir los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

El apoderado de Seguros Alfa S.A solicita se confirme la sentencia de primera instancia, tomando como precedente la decisión de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, adicional a lo anterior, en sentencia SL 2820-2020, radicación 71114 del 04 de agosto del año en curso, citando además como sustento la sentencia del 14 de agosto de 2019-sentencia S16-280-proceso radicado 07-2015-01295-01 de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

Además indica que, se debe tener en cuenta que el señor JULIO CESAR FRANKI OCAMPO se encuentra pensionado por vejez, durante su vínculo como afiliado a la AFP PORVENIR S.A., donde se dieron todos los requisitos exigidos por ley para la validez de los actos jurídicos que realizó, se debe analizar que no fue un solo acto jurídico, en cambio fueron una serie de actos que validaron las intenciones y demostraron el pleno conocimiento del demandante, sobre las implicaciones que tendría en primera instancia su traslado de régimen pensional y en una segunda instancia el haber solicitado

el reconocimiento de la pensión sumado a la firma del contrato con la aseguradora para el reconocimiento de su pensión.

Que además se debe tener en cuenta que el señor JULIO CESAR FRANKI OCAMPO se encuentra pensionado en la modalidad de renta vitalicia por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., por voluntad propia signo el contrato con esta aseguradora y como establece el art. 80 de la ley 100 de 1993, este contrato es totalmente irrevocable, por lo cual solicita se absuelva a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. y se condene al demandante al pago de las costas del proceso.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

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

Para el caso en concreto no existe discusión y está acreditado que el demandante nació el 18 de junio de 1953, (fls 41 del expediente digital), así mismo se tiene que estuvo afiliado al ISS desde el 01 de septiembre de 2001, y se trasladó al RAIS a la AFP PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A desde octubre de 2001, (página 44).

Así mismo se encuentra probado que la accionante luego de solicitar la pensión de vejez a PORVENIR S.A, fue pensionado desde el mes de abril de 2017 bajo la modalidad de renta vitalicia a través de Seguros Alfa S.A, (fls 82).

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 y SL782 de 2021).

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

Los casos estudiados por la Corte son sobre la nulidad o la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, se presenta por la falta de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, conforme el literal b) del artículo 13 que habla de las características de la seguridad social y que señala: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria por parte del afiliado**,...”* es decir el acto jurídico se considera como inexistente. Nótese que **no se dice del “pensionado”** por la potísima razón que el pensionado no podría estar dentro de esta característica de la ley pues ya escogió el régimen y queda excluido del sistema en el sentido que ya es sujeto pasivo del sistema de seguridad social, no siendo aplicable la sanción prevista para el afiliado como sería la ineficacia prevista en el artículo 271 y si bien existe la sentencia 31.989 del 09 de septiembre de 2008 que trata de un pensionado que se trasladó a PORVENIR, se trata de un caso disanalógico, no inscrito en el precedente, por cuanto se trataba de una persona expresamente excluida del Régimen de Ahorro Individual, al tener más de 55 años a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, estando inmerso en el contenido del ordinal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, además de que en la sentencia SL 373 de 2021, *“la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado”*.

Además de lo anterior debe agregarse que la sentencia **SL3958 de 2019** de la sala de descongestión de la CSJ, hace una interpretación de las varias de las

sentencias de la línea jurisprudencial **del afiliado**, para aplicarlas al caso de un pensionado. En igual sentido a pesar de lo consagrado en la sentencia **SL3676-2020**, radicación 68091 del 5 de agosto de 2020, la misma no constituye doctrina legal probable para el caso bajo estudio, debiendo resaltarse además que en la misma existen aspectos relevantes que no serían aplicables en el presente asunto tales como que la demandante dentro de dicho proceso 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 el hoy demandante lleva varios años percibiendo la pensión por parte de PORVENIR S.A.

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

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

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

“Todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, o trasladarse a otra entidad administradora.

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

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

Encontró que los fines perseguidos por el legislador eran legítimos e importantes, en tanto, tal y como se señaló anteriormente, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 busca alcanzar al menos dos fines claramente identificables:

- (i) Garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente de los recursos del régimen de pensiones de ahorro individual con solidaridad; y (ii)

asegurar la estabilidad financiera y la rentabilidad de las inversiones de la entidad administradora o aseguradora.

- (ii) Estos dos fines están estrechamente ligados a los fines constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad que orientan la prestación y ampliación de la cobertura de la seguridad social, en general, y del sistema general de pensiones, en particular. Por ello, garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente y asegurar la estabilidad y la sostenibilidad del sistema, constituyen fines legítimos y constitucionalmente importantes en un Estado Social de Derecho como el Colombiano.

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

“pues permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”.

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

La prohibición de traslado para quienes les faltaren menos de diez años para pensionarse, introducida en la Ley 100 en el artículo 13, y modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, también fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C1024 de 2004, con consideraciones que, si bien se referían a una norma posterior, reafirman la pertinencia de esas limitaciones a la movilidad entre regímenes.

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

Si pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica

del país, simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: “obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior”

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

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

Dada la diferenciación de las calidades de afiliado y pensionado claramente los diferencia, de los artículos 13, literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993; el artículo 1º de la Ley 1748 de 2014, permita apartarse del precedente de la Sala Laboral de la Corte sobre ineficacia de la afiliación, entendiendo que se está ante universo fáctico diverso como lo es la persona pensionada y de esa manera lo entendió la sala laboral de la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas, donde se analiza un evento de un pensionado anticipadamente, bajo la modalidad de retiro programado en la cual la Sala Laboral no casa la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Cali, no por las razones esbozadas en segunda instancia, sino por tratarse de una persona con estatus de pensionado desde el año 2008. Al respecto señaló la Corte lo siguiente:

“Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del

régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

*Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) , **lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer,** como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:*

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

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, ...

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida. (...)

*Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, **especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente,** o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.” (Resalto fuera del texto)*

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

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

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

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

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

*administradora de pensiones asume costos financieros adicionales. Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, **dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado.***

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

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

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

Frente al traslado entre regímenes.

“...a partir de los principios constitucionales del Sistema General de Seguridad Social, a saber: eficiencia, universalidad y solidaridad, ..., puede concluirse que permitir el traslado de quien ostenta la condición de pensionado, afectaría gravemente la viabilidad financiera del sistema, pues quien ha adquirido el derecho a la pensión en determinado régimen ha cubierto la ocurrencia de un riesgo **bajo unas condiciones que fueron verificadas al momento de cumplir los requisitos para acceder a la pensión y correspondientes a cada régimen pensional, todo lo cual hizo parte de los cálculos actuariales y de administración de las respectivas cotizaciones** por parte de la entidad administradora de la pensión.

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

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

“Este Tribunal, a través de su Sala Primera de Decisión Laboral, con ponencia del Magistrado Hugo Alexander Bedoya Díaz, realizó una fértil distinción entre el momento de la afiliación y aquel en que se empieza a disfrutar la pensión, que refuerza la razonabilidad del enfoque que en el caso que nos ocupa. Dice así la providencia, con radicado 00873, proferida el 18 de septiembre de 2018, que constituye un comienzo de precedente horizontal:

Ahora, retrotrayéndonos al estudio de la improcedencia de que se declare la inexistencia del traslado en este caso en particular, la sala se remite a la

*sentencia SL17595-2017 con radicado 46.292 MP Dr. Fernando Castillo Cadena en donde en forma concreta se dijo "... Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (...)", entendiéndose con este último aparte de la providencia que si la información exigida data desde antes de la afiliación y hasta las condiciones del disfrute de la pensión, **ello implica, que una vez reconocida la pensión de vejez esa falta de información se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico adelantado por la afiliada y que corresponde a la solicitud de la pensión de vejez a la sociedad Porvenir S.A y al reconocimiento y pago de la prestación económica, pues solo tenía la posibilidad de alegar la falta de información previo al disfrute de la prestación económica y no con posterioridad a ella, como ocurre en este evento.***

Por último, ha de reiterarse por esta Sala que sostener la tesis de la ineficacia de la afiliación para pensionados del Régimen de Ahorro Individual es un camino que puede conducir a situaciones del todo insostenibles, no solo por lo dicho por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 373 de 2021 arriba reseñada, sino además por cuanto la consolidación de ese nuevo estatus supone en muchos casos la participación de terceros de buena fe, como cuando se ha optado por pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia y se ha contratado con una aseguradora su pago.

Valga también mencionar además las situaciones de quienes se han pensionado anticipadamente y han negociado su bono pensional antes de la fecha de redención normal. Ese tercero inversionista que se ha beneficiado en el mercado de valores, mediante un negocio totalmente legítimo, querrá una respuesta la justicia laboral disponga la anulación de esa transacción. Estos serían solo dos ejemplos del impacto que en el mundo real tendría declarar la ineficacia de la afiliación de quienes ya se han pensionado en el Régimen de Ahorro Individual.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta lo indicado con 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 el pensionado.

En cuanto al bono pensional pagado y el retorno del mismo al Ministerio, cabe preguntarse: ¿Qué pasará con los pensionados anticipadamente que negocian el bono pensional antes de fecha de redención normal? ¿Se deberá incluir a la litis a los inversionistas que pagan el bono pensional? Y quien asume la diferencia entre lo entregado al fondo por el inversionista y lo pagado por el Ministerio, etc.

En conclusión habrá de entenderse que sí existió un nuevo acto jurídico que genera el estatus de pensionado y que en palabras de la Corte suprema de justicia permanente, en la pluricitada providencia; “...**lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer,...**” pues se realizó a partir de la pensión rogada, se garantizó que el sujeto ha expresado voluntariamente y libremente su intención de participar en el acto jurídico o contrato para el reconocimiento de la pensión de vejez, después de haber comprendido la información de los requisitos requeridos para adquirirla, los beneficiarios, la tasa de reemplazo, el capital que ahorró, la modalidad de la pensión que adquirirá y quien la pagará, etc.

Para estos casos, es prístina la Corte en la sentencia SL 373 de 2021, que “*el pensionado que se considere lesionado en su derecho por parte de una administradora que incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió*

un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora. Situación que en este caso no opera, al no haberse solicitado como pretensión los mismos, dado que la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida.

Partiendo de lo anterior, lo legal y pertinente será CONFIRMAR la decisión revisada en consulta, por las razones expuestas en esta sentencia.

Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la sentencia 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



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARIA SALA LABORAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

EDICTO VIRTUAL

La secretaria de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín
notifica a las partes la sentencia

DEMANDANTE	: JULIO CESAR FRANKY OCAMPO
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, COLPENSIONES Y SEGUROS DE VIDA ALFA
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-013-2018-00419-01
RADICADO INTERNO	: 148-21
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

*Fijado hoy martes 27 de julio de 2021 a las 8:00 Am
de 2021 a la 5:00 Pm*

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Desfijado hoy martes 27 de julio


RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO