



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-005-2019-00268-01
Demandante:	Rodrigo Antonio Álvarez Torres
Demandado:	Colpensiones y Porvenir S.A.
Litisconsorte necesario por pasiva:	Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación pensionado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

Medellín, abril nueve (9) de dos mil veintiuno (2021)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS JORGE RUIZ BOTERO, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, a decidir los recursos de apelación interpuestos por las señoras apoderadas de Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta, en favor de Colpensiones, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, el 17 de febrero del año dos mil 2021, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por el Señor RODRIGO ANTONIO ÁLVAREZ TORRES en

contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., proceso al cual fue vinculado como litisconsorte necesario por pasiva la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Radicado 05001-31-05-005-2019-00268-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor RODRIGO ANTONIO ÁLVAREZ TORRES, instauró demanda ordinaria laboral, en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., pretendiendo se declare que la AFP lo engañó con el fin de trasladarlo a ese régimen pensional; se declare la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual y se ordene la inmersión en el Régimen de Prima Media; se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el 100% de las cotizaciones, bonos, y rendimientos que se hubieren causado; se condene a Porvenir S.A. a pagar de su patrimonio, los dineros descontados conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 del 2003, dineros que tenían como fin el pago del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes; se declare que Colpensiones debe aceptar el traslado de régimen pensional; se condene a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez, por haber cotizado más de 1300 semanas en toda su vida laboral, de conformidad con lo establecido en la Ley 797 del 2003, desde el momento en el que se acredite el retiro del sistema; se condene a Colpensiones a reconocer los intereses moratorios o la indexación.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que el demandante nació el 13 de enero de 1956, al inició de su vida laboral se afilió al Instituto de Seguros Sociales, pero, debido a un escueto

asesoramiento, se trasladó a Porvenir S.A., el 20 de junio del 2000, sin explicársele, que el posible monto de la pensión de vejez en la AFP, no sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital, que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado, tampoco se le explicó como podría ser la pensión en el Régimen de Prima Media, ni se le realizó reasesoría.

Expresa que solicitó el 27 de marzo del 2018, la pensión de vejez a la AFP, la cual le fue aprobada por escrito del 22 de mayo del 2018, reconociéndola bajo los principios de la garantía mínima, por haber cumplido la edad de pensión y haber cotizado 1723 semanas, lo que significa que el valor de la mesada del 2018, sería de \$781.242.

Adujo que, en Colpensiones, realizadas las operaciones matemáticas, se tiene como el IBL de toda la vida laboral en el Régimen de Prima Media, asciende a \$1.562.328, al que al aplicarle una tasa de reemplazo del 76.50%, arroja una mesada de \$1.195.182 para el 2018, evidenciándose una diferencia de \$413.940, la que no existiría si el actor hubiere recibido una asesoría certera y suficiente, siendo inducido en error que vició su consentimiento.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es cierto lo relacionado con la fecha de nacimiento del demandante y la afiliación al ISS, sin constarle los demás hechos de la demanda, por ser ajenos a su representada.

A su vez, propuso las excepciones de imposibilidad de traslado de régimen; improcedencia de la declaratoria de ineficacia o invalidez del traslado; prescripción; devolución de cuotas de administración; imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, **PORVENIR S.A**, al replicar la demanda, aseveró que no le consta la fecha de nacimiento del actor, explicando que los asesores de su representada, son escogidos mediante serios procesos de selección, atendiendo a su formación, actitud y experiencia, siendo constantemente capacitados en los temas relacionados con los regímenes, sus características, diferencias, requisitos para obtener la pensión y efectos del traslado, transmitiendo los mismos toda esa información a sus posibles afiliados. Agrega que la vinculación del accionante a la AFP, fue un acto libre y voluntario, ya que el mismo fue informado, de forma correcta, del acto que iba a realizar.

Y como excepciones formuló las de falta de integración de la Litis por pasiva con la Oficina de Bonos Pensionales, Ministerio de Hacienda y Crédito Público; improcedencia de la nulidad por existencia de pensión reconocida al demandante; falta de causa para pedir; buena fe; inexistencia de las obligaciones demandadas; prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación; pago; compensación; ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada; inexistencia de norma legal.

El Juzgado de conocimiento, por medio de auto proferido el 31 de octubre del 2019, decidió vincular al proceso, como litisconsorte necesario por pasiva, a la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Y fue así como la **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, por intermedio de apoderado, afirmó que no le constan los hechos de la demanda, en tanto desconoce las circunstancias por medio de las cuales se materializó el traslado del actor. Agregó que el accionante tiene derecho a que se emita un bono pensional tipo A modalidad 2, cuya fecha de redención normal fue el 13 de enero del 2018, cuando el demandante cumplió los 62 años, el cual fue efectivamente pagado, sin que exista algún trámite pendiente, por parte de la entidad convocada a juicio.

Y como excepciones presentó las de falta de legitimación en la causa por pasiva ya que la Oficina de Bonos Pensionales no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador de pensiones; la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplió con la obligación de reconocer y pagar la cuota parte del bono pensional a su cargo; el demandante es beneficiario de una pensión de vejez de garantía mínima situación que impide su retorno a Colpensiones; buena fe; prescripción; inaplicabilidad del precedente judicial para el caso concreto; violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera.

1.3.- DEMANDA DE RECONVENCIÓN

PORVENIR S.A, presentó demanda de reconvención en contra del demandante, teniendo en cuenta que se encuentra pensionado por el RAIS, solicitando se ordene al mismo, devolver todas las sumas de dinero que hubiere recibido, por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez, desde su reconocimiento, adicionado este valor con la rentabilidad que este dinero habría producido, de haber permanecido bajo la administración de la AFP.

1.4.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 17 de febrero del 2021, el juzgado de conocimiento declaró ineficaz el traslado del demandante, por falta de consentimiento informado, lo que conllevó a un error en el consentimiento del actor, al afiliarse a Porvenir S.A., es decir, porque su decisión no fue libre y voluntaria; declaró que la afiliación al Régimen de Prima Media del accionante, no ha tenido solución de continuidad en el tiempo; condenó a Porvenir S.A., que dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que quede en firme la providencia, traslade con destino a Colpensiones, el 100% de los aportes efectuados por el demandante entre julio del 2000 y mayo del 2018 y cualquier otro valor que se encuentre en la cuenta de ahorro individual, incluidos los

frutos y rendimientos, asumiendo con cargo a su patrimonio las comisiones de administración, las pólizas provisionales, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y para el fondo de solidaridad pensional, sin realizar descuento alguno por mesadas pagadas en el Régimen de Ahorro Individual, así como que dentro del mismo término, Porvenir S.A. devuelva a la Nación – Ministerio de Hacienda – Oficina de Bonos Pensionales, la totalidad de las sumas recibidas por concepto de bono pensional, de manera indexada, sin realizar descuento sobre las mismas a título de mesadas pagadas; ordenó a Porvenir S.A. y a la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales, que realicen las acciones para que se perfeccionen los trámites administrativos que lleven a que se devuelva el bono pensional; ordenó a Colpensiones y a la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales, recibir las sumas que le devuelva Porvenir S.A., como resultado de la ineficacia y a Colpensiones, a tener en cuenta el tiempo cotizado por el actor, como semanas cotizadas y reflejarlas en su historia laboral; condenó a Colpensiones a reconocer al demandante, la pensión vitalicia de vejez, con fecha de disfrute a partir del 1° de junio de 2018, en cuantía para el 2021 de \$1.342.248, suma sobre la cual proceden los descuentos en salud, el retroactivo del mayor valor de la pensión deberá ser cancelado por Colpensiones, por el periodo del 01 de junio de 2018 al 31 de enero de 2021, equivalente a \$15.590.855, aplicando los descuentos para salud, el cual deberá ser indexado; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y al actor, de todas las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención; condenó en costas a Porvenir S.A.

1.5.- RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones

La apoderada de la entidad interpuso el recurso de apelación, solicitando se revoque la Sentencia, ordenando se acoja el precedente vinculante de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, proferido desde el año 2019, a

través del proceso con radicado 007-2015-01295, indicando que en este caso no se está frente a la prerrogativa de un afiliado, sino de un pensionado y aquí radica la diferencia con el tema de la ineficacia, por cuanto no se encuentra frente a la misma consecuencia de una reasesoría, sino ante la celebración de un nuevo acto jurídico y ante la aceptación del demandante, de las prerrogativas de Porvenir, al momento de conceder la pensión de vejez, además de que ya se encuentra cubierta la contingencia por parte de esta AFP, lo que implica una vulneración al sistema financiero, ya que reconocer la mesada y un retroactivo, estaría enmarcado dentro de una inseguridad jurídica a la cual estaría sujeta la entidad.

Por otro lado, reitera que este precedente judicial que ha sido vinculante, se ha acogido en diferentes providencias, por parte del Tribunal, como lo es la Sentencia proferida en los procesos 007-2016-00833 y 005-2017-00310.

Porvenir S.A.

La apoderada de la AFP interpuso el recurso de apelación, afirmando que no comparte la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación del actor a su representada, toda vez que no obra ninguna prueba que respalde en forma clara, la afirmación de la parte actora, en el sentido de que se omitió información en el momento de tomar la determinación de efectuar el traslado y aún más en el formulario de afiliación el actor e indicó que el actor tomaba la decisión del traslado.

Adujo que el acto jurídico suscrito por las partes, en el momento de realizar la afiliación a la AFP, goza de plena validez y respetó la voluntad de ambos contratantes, por lo que no es procedente, invalidar la manifestación de la voluntad plasmada en el documento, el cual es auténtico y no fue tachado de falso.

Respecto del tema de la condena al retorno de los gastos de administración, señala que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, determina la distribución que deben realizar las administradoras, tanto en el Régimen de Prima Media, como en el Régimen de Ahorro Individual. De igual forma en el artículo 100 de la Ley 100 de 1993, se establece que con el fin de garantizar la seguridad y rentabilidad de los recursos de las administradoras, éstas invertirán los recursos de los fondos, en las condiciones y con sujeción a los límites que establezca el Gobierno Nacional; el artículo 101 del mismo texto normativo, establece que las administradoras deben de garantizar una rentabilidad mínima a los afiliados y en caso de haber incumplido con esta rentabilidad, la misma se garantiza con el patrimonio de dichas entidades y con la reserva que corresponde al 1.1% del valor del fondo administrado.

Por lo tanto, al decretarse la ineficacia de la afiliación, procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, que incluye los rendimientos, sin que sea posible trasladar sumas adicionales, ya que el porcentaje de garantía mínima ya ha sido utilizado y con respecto a los otros dineros, los mismos también se trasladaron, cubriéndose al actor el riesgo no solo de vejez, sino también de sobrevivientes y de invalidez.

Manifiesta que se encuentra en desacuerdo con el fallo en tanto se aparta de la Sentencia de unificación del 14 de agosto del 2019, en la cual se estableció una clara diferencia en cuanto a la calidad de pensionado que ostenta el accionante, lo que producir un déficit financiero, más aun si todos los pensionados de las AFP, solicitan la ineficacia.

Agrega que si se miran someramente los dineros que se han pagado al demandante, los mismos son muy superiores respecto del daño que no fue probado y que se aduce fue causado al actor, debiéndose tener en cuenta la Sentencia SL 2820 del 4 de agosto del 2020, en donde la Corte hizo unas reflexiones frente al tema.

Finalmente, apela la orden de devolver el bono pensional debidamente indexado, en caso de que se confirme la providencia, aduciendo que se debe tener en cuenta que la entidad lleva cancelando al actor más de 10 años de mesadas, lo que hace que efectivamente el mismo deba devolver dichos dineros, que la demandada ha administrado conforme a la Ley, por lo que no hay razón para devolver el valor del bono que se ha utilizado para ir reconociendo, mes a mes, la pensión al hoy reclamante.

1.6.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de todas las partes. La apoderada de Colpensiones solicita se analice lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, aunado al hecho de que no se probaron vicios en el consentimiento, máxime si se tiene en cuenta que el actor es una persona capaz. Solicita que de considerarse procedente ordenar el traslado, se ordene a la AFP devolver los aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido.

La apoderada del actor, solicita se confirme la Sentencia, por cuanto en varias Salas del Superior, se ha decidido en igual sentido, sin que sea posible la convalidación del acto inicial, a través de actos posteriores, lo que lleva a concluir que ni las posteriores asesorías e incluso la solicitud y reconocimiento del estatus pensional, mitigan o suplen el deber de información que le corresponde a la administradora de pensiones.

Por su parte, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, indicó que la figura del traslado entre regímenes o el retorno al Régimen de Prima Media, únicamente se encuentra previsto por la ley para quienes se encuentren afiliados, excluyendo de plano a quienes ostentan el estatus de pensionados, de modo que mal puede el Tribunal amparar un traslado o

retorno de un pensionado, aun cuando se encuentre probada la falta de información o la existencia de vicios en el consentimiento.

Finalmente, la apoderada de Porvenir S.A., solicitó se revoque la decisión condenatoria de primera instancia, en aplicación del precedente horizontal de la Sala de Decisión Laboral del Honorable Tribunal Superior de Medellín, en la sentencia de unificación del 14 de agosto de 2019. Adicional a lo anterior, en sentencia radicación 71114 del 04 de agosto del año 2020, la Sala de Casación Laboral de nuestro Honorable Órgano de cierre, también se pronunció en iguales términos. Agrega que en el remotísimo caso, de confirmar la decisión, solicita se revoque la orden impuesta de trasladar el 100% de los aportes recibidos por motivo de la afiliación del demandante, sin lugar a descontar lo reconocido y pagado por mesadas pensionales.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

De igual forma procede la consulta, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone “*También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante*”.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA

Quedaron acreditados en el trámite del proceso y no son objeto de controversia los siguientes hechos:

- Que el demandante nació el 13 de enero de 1956, tal y como se desprende de la copia de la cédula, obrante en el documento 01.expediente físico expediente digital folio 23.
- Que el actor se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Porvenir S.A., el 20 de junio del 2000, con fecha de efectividad el 1º de agosto del 2000, de conformidad con el formulario obrante en el documento 01.expediente físico expediente digital folio 75 y con el certificado expedido por SIAFP, documento 01.expediente físico expediente digital folio 295.
- Que el accionante acredita un total de 1715 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Porvenir S.A., el 8 de marzo del 2018, obrante documento 01. expediente físico expediente digital folios 81 a 121.
- Que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Porvenir S.A., a partir del 01 de mayo de 2018, bajo la modalidad de garantía mínima.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe la Sala determinar:

¿Si la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante, por parte de Porvenir S.A. y el disfrute de la misma a partir del 01 de mayo de 2018, constituye una la situación jurídica consolidada, que impide que se

declare la ineficacia de la afiliación inicial del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

¿Si es aplicable el precedente de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, contenido en la sentencia Radicación 05001-31-05-007-2015-0129-01 del 14 de agosto 2019?

2.4.- TESIS

Problemas jurídicos que se resuelven bajo la tesis según la cual el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante por parte de Porvenir S.A., a partir del 01 de mayo de 2018, genera una situación jurídica consolidada que no puede retrotraerse; y por lo tanto no hay lugar a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, tal como lo establece la sentencia de unificación proferida por la Sala Especializada Laboral de esta Corporación y fue definido recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, motivo por el cual la sentencia debe ser REVOCADA.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

Respecto del tema de la ineficacia de la afiliación en personas que ya se encuentran pensionadas en el RAIS, la Sala Especializada Laboral de este Tribunal, profirió sentencia de unificación, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Luis Alfonso Galvis Torres en contra de Colfondos S.A., Colpensiones y la Compañía de Seguros Bolívar S.A., radicado único nacional 05001-31-05-007-2015-01295-01, en los siguientes términos:

“Este universo fáctico descrito por la Corte no incluye a los pensionados, pues aunque una de las sentencias fundadoras de esta línea trató de un pensionado que se trasladó a PORVENIR, se trata de un caso disanalógico, no inscrito en el precedente, por cuanto se trataba de una persona expresamente excluida del régimen de ahorro individual, al tener más de 55 años a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, estando inmerso en el contenido del ordinal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993.

(...)

Pero las calidades de afiliado y pensionado ya han sido deslindadas por la Corte Constitucional, precisamente en un fallo con un claro enfoque consecuencialista. Al examinar la exequibilidad del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, que limitaba la posibilidad de los pensionados de trasladarse entre administradoras, la Corte arguyó lo que se esbozará enseguida. Esta es la disposición

(...)

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

- 1. ¿Es contrario al principio de igualdad que se permita a los afiliados, pero no a los pensionados, trasladarse entre administradoras de pensiones?*
- 2. ¿Vulnera el derecho a la seguridad social de los pensionados que se les impida escoger la entidad administradora de pensiones o plan de capitalización que les resulte mejor administrativa o financieramente, siendo ya pensionados?*

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

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

(...)

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 prohibió, en el caso citado para trasegar dentro del régimen de ahorro individual, no tendrá aún mayor entidad para los asuntos como en el de la ineficacia, donde la orden que finalmente contienen nuestras sentencias es la de inscribir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Esto es, mutar su régimen pensional.

La prohibición de traslado para quienes les faltaren menos de diez años para pensionarse, introducida en la ley 100 por el artículo 2° 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:

(...)

*Nada nos impide, pues todos los jueces al fin de cuentas somos jueces constitucionales, situarnos en esa perspectiva y entender con MacCormick que ante dos soluciones igualmente “consistentes y coherentes”, se opte por la que menos impacto negativo genere en el sistema. Y resulta una verdad incontestable que **una declaratoria masiva de ineficacias de la afiliación de pensionados en el régimen de ahorro individual y el correspondiente traslado COLPENSIONES, generaría una suerte de tsunami financiero (e incluso administrativo) sobre todo el sistema pensional, sobre el Estado mismo, garante final de su subsistencia. Y sobre cada colombiano.***

Es plausible que la diferenciación de las calidades de afiliado y pensionado a partir de los argumentos que se han expuesto y de toda la legislación que claramente los diferencia, verbi gratia, los artículos 13, literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993, permita apartarse del precedente de la Sala Laboral de la Corte sobre ineficacia de la afiliación, entendiendo que se está ante universo fáctico diverso cuando se trata de ciudadanos que ya se han pensionado. (negrilla de la Sala)

Precedente horizontal que es vinculante para esta Sala de Decisión, al tratarse de una sentencia de unificación.

Ahora, si bien en la sentencia SL, Radicado 31989 del 2008, fundadora de la línea jurisprudencial, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aplicó la teoría de la nulidad de la afiliación por incumplimiento del deber de información a una persona pensionada por el RAIS, posición que reiteró en la sentencia SL, Radicado 31314 del 2011, la discusión ha quedado zanjada, en virtud del reciente pronunciamiento del Tribunal de cierre de la Jurisdicción ordinaria laboral, contenido en la sentencia SL373 del pasado 10 de febrero de 2021, en la cual se responde de manera negativa la pregunta relativa a si un pensionado del RAIS, puede demandar judicialmente la ineficacia del traslado a ese régimen pensional, indicando:

“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) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata. Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado. Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital aborrado. 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.

2.6.- CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, está acreditado que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., el 20 de junio del 2000, con fecha de efectividad el 1° de agosto del 2000, y que posteriormente, el 27 de marzo del 2018, en el ejercicio de una de las prerrogativas de ese régimen, solicita la pensión de vejez a Porvenir S.A., la cual le fue reconocida a partir del 1° de mayo del 2018.

El demandante indicó en su interrogatorio de parte, que tuvo que firmar los papeles de la pensión por necesidad, porque ya se quedaba sin salud, pese a ello, esa decisión del demandante cambia su condición inicial de afiliado a pensionado existiendo actos inequívocos que indican la voluntad del actor de pertenencia a este régimen, como lo son la solicitud de pensión y la aceptación de la misma, situación que se ha mantenido durante más de dos años de disfrute efectivo de la prestación.

Reiterando, de acuerdo con el precedente citado, que el traslado es una prerrogativa propia del afiliado y no del pensionado y las diferencias en el monto de la pensión, no resultan suficientes para afectar la seguridad jurídica y la estabilidad financiera del sistema, cuando el demandante tiene garantizada la cobertura de la contingencia, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C086 de 2002 *“El sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una*

cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa.”

En este contexto, no puede el promotor de la acción beneficiarse de ambos regímenes, de un lado, percibe la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de otro, retorna al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para obtener de éste, una pensión de mayor valor que deberá ser subsidiada por el Estado.

Finalmente, respecto a los argumentos planteados en la demanda en torno al incumplimiento por parte de la AFP al deber de información y la imposibilidad de convalidar el acto ineficaz, debe señalar la Sala que si bien en el proceso la AFP Porvenir S.A., no demostró el cumplimiento de ese deber profesional, debe precisarse que aun cuando el acto de afiliación pudiere reputarse ineficaz, hay una situación jurídica consolidada que resulta irreversible, en la medida en que no puede *“afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.”* (sentencia SL 373 de 2021)

No obstante, ello no impide que el demandante pueda obtener la reparación del perjuicio que pudiere haber sufrido como consecuencia del incumplimiento de la AFP, asunto que deberá seguirse bajo otra cuerda procesal, , en tanto no fue planteado y debatido en este litigio. A este respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la pluricitada sentencia SL373 de 2021 anotó:

“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.

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.”

Por lo anterior, no resulta procedente la ineficacia pretendida y, en consecuencia, debe REVOCARSE la Sentencia de Primera instancia, para en su lugar ABSOLVER a la parte demandada de todas las pretensiones instauradas en su contra por el actor.

Costas en ambas instancias a cargo del extremo activo de la relación procesal.

3.- DECISION

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se REVOCA la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Quinto Laboral de Circuito de Medellín, el 17 de febrero del 2021, en el proceso ordinario instaurado por el señor RODRIGO ANTONIO ÁLVAREZ TORRES en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

PORVENIR S.A., proceso al cual fue vinculado como LITISCONSORTE NECESARIO POR PASIVA la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para en su lugar ABOLVER a la parte demandada, de todas las pretensiones instauradas en su contra por el actor.

2.- Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante, en el recuerdo de alzada se fijan agencias en derecho en la suma de \$908.526.

3.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

El fallo anterior queda notificados a las partes por Estados, de conformidad con el Artículo 295 del Código General del Proceso.

Los Magistrados,


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE


CARLOS JORGE RUIZ BOTERO


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

La presente providencia fue notificada por estado No. **59** fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 12 de abril de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario