



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Erich Markus Misteli
DEMANDADOS	Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.
LITISCONSORCIO	Ministerio de Hacienda y Crédito Público
RADICADO	05-001-31-05-001-2019-00077
TEMA	Ineficacia de traslado de pensionado del RAIS
DECISIÓN	Confirma sentencia

El veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el Acta **204** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **ERICH MARKUS MISTELI** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y la sociedad **ADMNISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, en donde se integró como litisconsorcio necesario por pasiva al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO -OFICINA DE BONOS PENSIONALES-**, con radicado **05-001-31-05-001-2019-00077**.

- **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos del poder conferido por la doctora **MARICEL LONDOÑO RICARDO**, obrando en calidad de representante legal de la firma **MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S.** quien a su vez, actúa como apoderada general de **COLPENSIONES**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar a la Dra. **JENNY FERNANDA CORREA YEPES**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.128.448.862 y portadora de la tarjeta profesional N° 238.719 del Consejo

Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de COLPENSIONES hasta su culminación en el presente proceso judicial.

- **PRETENSIONES:**

El demandante pretende se declare la ineficacia o en subsidio la nulidad, del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual a PORVENIR S.A. antes COLPATRIA y posteriormente a PROTECCIÓN S.A., causando el derecho a la pensión de vejez el 2 de octubre de 2016. Como consecuencia se ordene el regreso automático al régimen de prima media, y se le ordene a PROTECCIÓN S.A. la devolución todos los valores que recibió con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, comisiones frutos e intereses, y a COLPENSIONES, la aceptación a dicho régimen. Así mismo, se condene a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a pagar la reserva actuarial a favor de COLPENSIONES con la cual se garantice el pago de la pensión de vejez a la que tiene derecho el demandante, y se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del demandante, así como al pago de las mesadas retroactivas causadas desde el 2 de octubre de 2016, incluyendo las adicionales de cada año, junto con el pago de los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación y las costas procesales.

- **HECHOS:**

Como fundamento de las pretensiones manifiesta que se afilió al ISS en el año 1982 y allí realizó cotizaciones hasta el 31 de mayo de 1996, reuniendo un total de 619,14 semanas. Que en junio de 1996 se afilió a PORVENIR S.A. motivado por engaños y falsa información entregada por el fondo privado, pues le indicaron que el ISS entraría en quiebra, mientras que en el fondo privado ese riesgo era mínimo. Que le indicaron que podría pensionarse en cualquier momento, sin entrar a detalles sobre esto. Que nunca le explicaron lo referente a bonos pensionales. Que le manifestaron que su mesada en el fondo privado siempre sería superior a la recibida en el ISS, pues sus aportes iban a generar rendimientos. Que en el año 2001 se trasladó a PROTECCIÓN S.A., fondo que también lo engañó, pues le brindó la misma información errada recibida en su momento por parte de PORVENIR S.A. Que este segundo fondo privado nunca le informó sobre el año de gracia contemplado en el Decreto 3800 de

2003. Que nació el 2 de octubre de 1954 y cumplió los 62 años de edad el 2 de octubre de 2016, fecha para la cual contaba con 1.479,57 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, dejando de hacer aportes en el año 2014. Que el 4 de diciembre de 2013 solicitó al fondo privado el reconocimiento de su pensión de vejez, la cual fue reconocida mediante comunicado del 2 de abril de 2014. Que se iniciaron los pagos de la misma a partir del 1° de marzo de 2014, por cuantía de \$2'755.927, siendo esta menor a la que recibiría en el régimen de prima media. Y que el 11 de diciembre de 2018 se presentó la respectiva reclamación administrativa ante COLPENSIONES.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que el demandante se afilió al ISS en el año 1982, pero no le consta el número de semanas allí cotizadas. Que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio su traslado a PORVENIR S.A. Que es cierto que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. en el año 2001, pero no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la asesoría previa a la afiliación. Que es cierto que el demandante nació el 2 de octubre de 1954. Que no le consta el número de semanas que el demandante tenía cotizadas para el 2 de octubre de 2016. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y planteó varias excepciones de mérito.

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que no le consta que el demandante se afiliara al ISS en el año 1982, como tampoco que cotizara allí 619,14 semanas. Que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado del demandante a PORVENIR S.A. Que es cierto que el 24 de agosto de 2001, el demandante se trasladó a PROTECCIÓN S.A. Que no es cierto que PROTECCIÓN S.A. haya engañado al demandante para motivar su afiliación, pues este fue asesorado en forma responsable, diligente y suficiente por parte de la administradora, informándosele, además, sobre la posibilidad de regresar al régimen de prima media mediante publicación en el diario EL TIEMPO en el año 2004. Que es cierto que el demandante nació el

2 de octubre de 1954 y cumplió 62 años en el año 2016, fecha para la cual tenía 1.479,57 semanas cotizadas. Que al demandante se le indicó sobre la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, opción que este acogió, pues se encuentra pensionado en la modalidad de retiro programado desde el 1° de marzo de 2014, sin negociación del bono pensional. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y propuso varias excepciones de mérito.

✓ **PORVENIR S.A.:**

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que no le consta que el demandante se afiliara al ISS en el año 1982. Que es cierto que en el año 1996 se afilió a PORVENIR S.A. Que no es cierto que PORVENIR S.A. se valió de engaños para que el demandante se afiliara, pues esta administradora siempre ha actuado bajo los lineamientos consagrados en la ley, exponiendo a sus afiliados las circunstancias que rodean la afiliación al RAIS. Que no es cierto que se le informara que el ISS iba a entrar en quiebra. Que es cierto que el demandante se trasladó a PROTECCIÓN S.A. en el año 2001, sin embargo, no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se dio la asesoría previa a su afiliación a PROTECCIÓN S.A. Que es cierto que el demandante nació el 2 de octubre de 1954 y cumplió los 62 años en el año 2016. Que no le consta que al demandante se le haya concedido la pensión de vejez el 2 de abril de 2014. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y planteó excepciones de mérito.

✓ **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO -OFICINA DE BONOS PENSIONALES-:**

Frente a los hechos de la demanda manifestó que el señor ERICH MARKUS MISTELI presentó solicitud de pensión de vejez ante PROTECCIÓN S.A. en el año 2013. Que es cierto que el señor ERICH MARKUS MISTELI se encuentra en la nómina de pensionados a partir del 1° de marzo de 2014, bajo la modalidad de pensión de retiro programado sin negociación del bono pensional. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y propuso excepciones de mérito.

• **DEMANDA DE RECONVENCIÓN - PROTECCIÓN S.A.:**

✓ PRETENSIONES:

La entidad accionada pretende se declare que le reconoció al señor ERICH MARKUS MISTELI la pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2014, así como el retroactivo pensional a partir del 1° de marzo de 2014 y el 30 de marzo de 2014, la cual se encuentra actualmente pagando. Que en caso de declararse la ineficacia de la afiliación, se condene al señor ERICH MARKUS MISTELI a reintegrar a PROTECCIÓN S.A. los valores que la administradora le ha pagado por concepto de mesadas pensionales de vejez desde el 1° de marzo de 2014, al igual que el concepto por retroactivo pensional con su respectiva rentabilidad o subsidiariamente con su indexación. Así mismo, se autorice a suspender el pago de la pensión de vejez al demandado en reconvención mientras se resuelve el presente litigio. Y que se condene en costas procesales al actor.

✓ HECHOS:

Como fundamento de las pretensiones manifiesta que el señor ERICH MARKUS MISTELI presentó solicitud de pensión de vejez ante PROTECCIÓN S.A. el 4 de diciembre de 2013 y autorizó a la administradora para la obtención del bono pensional, aprobando también su historia laboral. Que PROTECCIÓN S.A. realizó el análisis y la proyección de la pensión del señor ERICH MARKUS MISTELI con base a los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual y esta fue aprobada por el mismo. Que le reconoció al demandado en reconvención la pensión de vejez a partir del 1 de marzo de 2014 bajo la modalidad de retiro programado sin negociación del bono pensional y actualmente se encuentra pagándole las correspondientes mesadas pensionales.

✓ CONTESTACIÓN DEMANDANTE:

Frente a los hechos de la demanda de reconvención manifiesta que es cierto que presentó solicitud de pensión de vejez el 4 de diciembre de 2013 y autorizó a PROTECCIÓN S.A. para realizar los trámites para la obtención del bono pensional y aprobar su historia laboral, sin embargo, aclara que por parte de PROTECCIÓN S.A. no hubo un cumplimiento del buen consejo. Que es cierto que la administradora realizó una proyección de su pensión con base a los

dineros depositados en su cuenta de ahorro individual y concluyó que contaba con el capital suficiente, por lo que la solicitud de pensión fue aprobada y reconocida a partir del 1° de marzo de 2014 bajo la modalidad de retiro programado sin negociación del bono pensional. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y propuso excepciones de mérito.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 22 de octubre de 2020, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** probada la excepción de ausencia de causa para pedir propuesta por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

ABSOLVIÓ a las codemandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, argumentando que no procede la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual, toda vez que en la reasesoría que tuvo lugar el 30 de marzo de 2006, se le indicó que le era más favorable el régimen de prima media y el actor aplazó su decisión de traslado, dejando que se venciera el término definido para el mismo; por lo cual, no se le ha vulnerado su derecho, sino que, ha escogido por su voluntad permanecer en el régimen de ahorro individual.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales al demandante.

- **APELACIÓN:**

La anterior decisión fue recurrida por el apoderado de la parte demandante, quien en síntesis, manifestó que debe revocarse la sentencia de primera instancia, y en su lugar acceder a los pedimentos de la demanda, toda vez que las pretensiones de este proceso de declarar la ineficacia del traslado de régimen del demandante a PORVENIR S.A. se deben analizar respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que ocurrieron en el momento de ese traslado, es decir, la ineficacia se debe analizar en el momento en que el demandante decide trasladarse de régimen, porque así se desprende del artículo 271 de la ley 100 de 1993. Que cuando se declara la ineficacia se genera una ficción jurídica, en la cual los actos siguientes a ese acto ineficaz

no existen. Que en su momento PORVENIR S.A. no le suministró al demandante una información suficiente y completa para que él tomara la decisión de trasladarse, y por ende, todos los actos posteriores no existieron, y es por eso que solicita se revoque la sentencia, para que en su lugar, sí se declare la ineficacia, debido a que quedó acreditado que en ese momento no se le suministró al demandante una información suficiente y completa que le permitiera tomar una decisión consiente e informada. Que respecto a la reasesoría quedó probado, que dicho formato no fue llenado por el demandante, sino que solo plasmó su firma, pero que no recuerda la información y la supuesta reasesoría. Que hay otros documentos como el denominado “simulador pensional”, en el que están los datos del demandante con su firma, y fue con fundamento en esto que la juez manifestó que el demandante recibió una información que le permitió conocer las diferencias de ambos regímenes, situación que no comparte, ya que en esos documentos no se establecen las diferencias entre un régimen y otro, no existe el bono pensional, cómo influye los beneficiarios del demandante en el monto de su pensión, pues incluso en la sentencia mencionada por la juez de primera instancia, dice que la firma del formulario y las afirmaciones consagradas en los formatos pre impresos de estos, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado, lo cual también es aplicable para este tipo de re asesorías de la que se habla para este caso en concreto. Que actualmente la posición del Tribunal Superior de Medellín fue modificada, con la sentencia del 29 de septiembre de 2020, en donde dijo que la teoría de la ineficacia también se aplica a las personas que disfrutaban de pensión de vejez. Y que no se demostró que al demandante se le haya informado tanto en su afiliación inicial al RAIS, como al momento de la re asesoría, sobre los beneficios de uno y otro régimen, en qué consistía el bono pensional, cómo influían sus beneficiarios en la cuantía de su pensión, faltando así al deber de información exigido para con sus afiliados.

- **ALEGATOS:**

- ✓ PORVENIR S.A.:

Una vez transcurrido el término de traslado, presentó sus alegatos de conclusión solicitando se confirme la sentencia de primera instancia,

teniéndose en cuenta que el señor ERICH MARKUS MISTELI se encuentra pensionado por vejez y actualmente se encuentra recibiendo sus mesadas pensionales por parte de PROTECCIÓN S.A.; además, durante su vínculo como afiliado a PORVENIR S.A., se dieron todos los requisitos exigidos por ley para la validez de los actos jurídicos realizados, los cuales demostraron el pleno conocimiento que tenía el demandante sobre las implicaciones que tendría su traslado de régimen pensional, lo cual se ratifica al haber solicitado el reconocimiento de la pensión a PROTECCIÓN S.A.

✓ MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO:

Solicita se confirme la sentencia de primera instancia, pues no existe un fundamento jurídico que sustente las pretensiones de la demandada. En caso de revocarse la sentencia, y en su lugar se acceda a las pretensiones presentadas por la parte demandante, solicita no se ordene el traslado de Bono Pensional Tipo "A" a COLPENSIONES, pues este sería incompatible con el régimen al que perteneciera el demandante.

✓ DEMANDANTE:

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se condene al reconocimiento de las pretensiones de la demanda, toda vez que las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de brindar a sus posibles afiliados una información suficiente, lo cual no fue demostrado por las codemandadas; además, no demostraron que al momento del traslado del demandante, se le haya hecho un estudio particular. Por otro lado, es claro que en este caso, la absolución en la primera instancia estuvo motivada en la re asesoría que recibió el demandante y no en su calidad de pensionado, que ni siquiera fue propuesta como medio de defensa por los fondos privados codemandados. Por lo anterior, en virtud del principio de consonancia, no es posible revisar la calidad de pensionado del demandante.

✓ COLPENSIONES:

En sus alegatos, señaló que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que la libre movilidad entre regímenes, así como entre administradoras, es aplicable solo para aquellas personas que gozan del

status de afiliados y no de pensionados, tal y como fue debidamente advertido por la Corte Constitucional en sentencia C - 841 de 2003. Que el presente caso se trata de la declaratoria de ineficacia de un contrato de traslado de régimen de un sujeto que para la fecha de la expedición de la sentencia de primera instancia, gozaba del status de pensionado. Y que debe entenderse que los deberes y obligaciones de información de la AFP al momento del traslado, se extienden solo hasta el momento del disfrute de la pensión de vejez, y por tanto la falta de información se entiende superada en razón al nuevo acto jurídico adelantado por el afiliado y la AFP.

- **DECRETO 806 DE 2020:**

Atendiendo a lo establecido en el Decreto 806 del 4 de junio 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.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con el recurso interpuesto, será determinar: *i.* si es viable declarar la ineficacia del traslado del señor ERICH MARKUS MISTELI, teniendo en cuenta su estatus de pensionado, y consecuentemente si la reasesoría realizada al demandante ratifica la afiliación al régimen de ahorro individual, en caso de salir avante esta, *ii.* estudiar si hay lugar a ordenar el traslado de los conceptos solicitados en la demanda a COLPENSIONES, para que sea este fondo quien reconozca la pensión de vejez junto con los intereses moratorios o la indexación; *iii.* Debiéndose analizar de igual forma, la prosperidad de la demanda de reconvención interpuesta por PROTECCIÓN S.A.

Para empezar, es necesario precisar, que no se discute que el señor ERICH MARKUS MISTELI actualmente goza de una pensión de vejez reconocida por PROTECCIÓN S.A., en la modalidad de retiro programado, que viene

disfrutando desde el mes de marzo de 2014, por un valor de \$2'755.927.¹ Por lo que 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, tal y como se acepta en el interrogatorio de parte.

i. Acto jurídico de la afiliación, precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional y reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en materia de ineficacia de pensionado:

Para resolver la inconformidad planteada por la parte demandante acerca de la ineficacia del traslado de régimen pensional, se hace necesario un recuento breve de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que estructura sobre el tema.

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, lo siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,

¹ Folio 175 a 177 del expediente digital.

- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

Así las cosas, lo dicho anteriormente constituye sustento que permite deducir las siguientes reglas:

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,
- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos:

- (i) Desde la fundación de las AFP.
- (ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.
- (iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, y SL1217, SL782 de 2021.

Ahora, no se discute que respecto a la información inicial que se le debía brindar al demandante para la fecha de traslado, en las providencias SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019, el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: primer periodo, desde la fundación de las AFP; segundo momento, desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; y tercer momento, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS del actor fue en el mes de 31 de mayo de 1996, lo que se corresponden con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019 la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente, lo cual brilló por su ausencia.

De igual forma, esta Sala que no pasa por alto que si bien al actor se le realizó una reasesoría por parte de PROTECCIÓN S.A. el día 30 de marzo de 2006², y tuvo varias vinculación a diferentes fondos pensionales, dichas actuaciones

² Folio 154 del expediente digital

fueron muy posterior a la asesoría recibía en primera oportunidad en el año de 1996, la cual generaría la ineficacia, no obstante, no puede hacerse caso omiso del reconocimiento de la pensión de vejez realizado al demandante, pues cabe advertir que este Tribunal, a través de la sentencia de unificación del 14 de agosto de 2019, dentro del proceso con radicado 05-001-31-05-007-2015-01295, expuso que no es procedente la ineficacia de traslado para pensionados, y que si bien, una de las sentencias fundadoras de esta línea fue de una persona pensionada en el régimen de ahorro individual³, es un caso disímil, 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, señaló que: *“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”*.

De igual manera este Tribunal, a través de su Sala Primera de Decisión Laboral, en sentencia del 18 de septiembre de 2018, con ponencia del Magistrado Hugo Alexander Bedoya Díaz, realizó una distinción entre el momento de la afiliación y aquel en que se empieza a disfrutar la pensión, en la cual expuso 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...”*

En el caso de autos, no hay duda alguna que el señor ERICH MARKUS MISTELI goza de una pensión de vejez en la modalidad de retiro programado otorgada por PROTECCIÓN S.A., no pudiéndose pasar por alto que las calidades de afiliado y pensionado ya han sido determinadas por la Corte Constitucional en sentencia C-841 del 23 de septiembre de 2003, la cual superó el test de proporcionalidad, en donde declaró exequible el artículo 107 de la ley 100 de 1993, que limitaba la posibilidad de los pensionados de trasladarse entre administradoras.

³ Sentencia 31.989 del 09 de septiembre de 2008.

Explicando además la Corte en dicha sentencia que, lo que se busca es alcanzar 2 fines: *“(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.”*

Así mismo, expuso 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.”*

Es necesario señalar, que 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.

Así pues, puede concluir un primer aspecto, 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.

Es necesario recalcar que existen una gran diferencia entre las calidades de afiliado y pensionado en el ordenamiento jurídico, como lo son los artículos 13, literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 1º de la Ley 1748 de 2014, siendo avalada esta distinción por la Corte suprema de justicia en reciente sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, en donde se analiza un evento de un pensionado anticipadamente, bajo la modalidad de retiro programado, en la cual no casa la sentencia por tratarse de una persona con estatus de pensionado desde el año 2008. En esta sentencia se expuso 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.” (Negrilla fuera del texto)*

Por lo anterior, no hay duda alguna que el actor adquirió un nuevo estatus desde el año 2014, siendo pensionado en la modalidad de retiro programado, y como lo ha dicho este Tribunal, esa falta de información que le fue entregada en primer momento como afiliado, se debe entender superada con la celebración del nuevo acto jurídico de pensionado, sin dejar de lado que, también lo que se está propugnando, es la sostenibilidad financiera del sistema.

También debe señalarse que con esta decisión no se están trasgrediendo los artículos 48 y 53 de la Carta Política, pues lo que se busca es la protección a todos los principios del sistema pensional, dentro de los que se encuentra el de eficiencia, en donde la Corte Constitucional en sentencia ya mencionada C-841 de 2003, expresó que el propósito de este principio consiste en “...obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma

adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar 'el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales', en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior"

Corolario de todo lo dicho, es que la sentencia de primera instancia que se revisa por vía de apelación, deberá **CONFIRMARSE**, pero por las consideraciones expuestas anteriormente, por lo que no es innecesario hacer algún otro pronunciamiento sobre los demás problemas jurídicos señalados.

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. En esta instancia son de cargo del demandante y en favor de las demandadas por no salir adelante el recurso interpuesto. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$908.526, suma que deberá ser dividida en partes iguales en favor de las codemandadas.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia, revisada por vía de apelación, de fecha y providencia conocidas.

Las costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

Se notifica lo resuelto por **ESTADOS**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA


HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ

EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLÍN - SALA LABORAL - HACE CONSTAR

Que la presente providencia se notificó por
estados N° 113 del 30 de junio de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>