

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Luis Javier Jaramillo Velásquez
DEMANDADO	AFP Protección S.A., COLPENSIONES, y Ministerio de Hacienda
PROCEDENCIA	Juzgado 012 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 012 2019 00266 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 169 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado pensionado en el RAIS
DECISIÓN	Confirma absolución

En la fecha, **cuatro (04) de agosto de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al grado jurisdiccional de **consulta** ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Luis Javier Jaramillo Velásquez**, contra la **AFP Protección S.A., Colpensiones y La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, radicado único nacional 05001 3105 **012 2019 00266** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del año en curso, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **23**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Pretende el demandante se declare la ineficacia de su traslado al RAIS a través de la AFP Protección S.A. realizado en el mes de abril de 2015 (sic), y se ordene la restitución de todos los valores que recibió la AFP con motivo de su afiliación, esto es, bono pensional y rendimientos, conforme al artículo 963 del Código Civil y a Colpensiones recibirlos, declarándose igualmente que esta última entidad, esto es Colpensiones, debe reconocer pensión de vejez al demandante, observando para el efecto el régimen de transición de que es beneficiario, con pago de mesadas retroactivas, debidamente indexadas, al contar al 1º de abril de 1994 con más de 41 años de edad y tener más de 15 años cotizados, prestación que debe ser otorgada desde el 02 de marzo de 2013, cuando arribó a los 60 años y contabilizaba más de 1.000 semanas cotizadas; pide también intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las mesadas retroactivas, condena a Protección a reintegrar los dineros en exceso cobrados por comisiones, con intereses moratorios; lo que ultra y extra petita resulte probado, costas y agencias en derecho.

En sustento de ello afirma que, **nació el 02 de marzo de 1953**, para la fecha de presentación de la demanda contaba con 66 años de edad, estando amparado por la condición más beneficiosa conforme al artículo 53 de la Constitución Política, y los principios de proporcionalidad, favorabilidad, y el derecho irrenunciable a la seguridad social. Que para el 31 de octubre de 1996 se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP Protección S.A., mediante engaños de los asesores comerciales, quienes le afirmaron que el ISS se iba a acabar, sin efectuarle proyección de mesada pensional, ni brindársele información clara, detallada, concreta, oportuna y veraz, ni darle a conocer las implicaciones de su movilidad, lo que conlleva la ineficacia de tal acto por vicio en el consentimiento, al suscribir un contrato lesivo a sus derechos constitucionales. Que desde su traslado al RAIS continuó cotizando ininterrumpidamente mes a mes como trabajador

dependiente con empleadores privados. **En marzo de 2015 se le reconoció pensión de vejez por la AFP a partir del mes de abril del mismo año, con mesada inicial de \$1.630.006.** Que para el 1º de abril de 1994 tenía 41 años y más de 15 años cotizados, por lo que gozó del beneficio de la transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y superó las exigencias del Acto Legislativo 01 de 2005 para conservarlo hasta el 2015. Que su IBL para 2015 era de \$1.700.000,00, por lo que le asiste derecho al otorgamiento de pensión por Colpensiones con tasa de reemplazo del 90%. Que la AFP le cobra comisiones del 4,5%, que deben ser reintegradas con intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Que mediante derecho de petición solicitó a Colpensiones permitirle el retorno al RPM.

En auto del **20 de mayo de 2019, se admitió** y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente notificadas de tal actuación, dentro del término para ello, las entidades vinculadas por pasiva allegaron pronunciamientos así:

Colpensiones, frente a los hechos manifiesta que no le constan o no son tales, **resistió** las pretensiones y formuló las **excepciones** de inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen, devolución de aportes debidamente indexados, buena fe de la entidad, prescripción, innominada, compensación e imposibilidad de condena en costas.

La **AFP Protección S.A.,** de los hechos acepta como ciertos, la fecha de nacimiento del demandante, que suscribió formulario de afiliación a esa AFP, de manera libre y voluntaria, el **14 de noviembre de 1996,** como traslado de régimen, proveniente del ISS hoy Colpensiones, y desde entonces siempre ha estado vinculado a esa AFP, *primero en calidad de afiliado cotizante y **ACTUALMENTE EN SU CALIDAD DE PENSIONADO POR EL RIESGO DE VEJEZ EN LA MODALIDAD DE RETIRO PROGRAMADO,*** informándosele el

otorgamiento de la prestación en comunicación del 07 de abril de 2015, desde el 06 de marzo del mismo año, con valor inicial de \$1.630.006,00. *Una vez que el actor decidió pensionarse a través del RAIS, tuvo contacto con el personal de la AFP PROTECCION S.A., en orden a confirma y consolidar su historia laboral y a obtener la expedición de su bono pensional, sin que hubiera efectuado afirmación alguna en el sentido de que no quería pertenecer al RAIS, sino que, por el contrario, participó activamente en dicho trámite,... hasta lograr la emisión y redención de su bono, por lo cual no se ve la razón para afirmar ahora que su afiliación se efectuó sin el conocimiento suficiente acerca de las características de su vinculación al RAIS, reiterando que el demandante se encuentra disfrutando de pensión de vejez desde el 2015, en la modalidad de retiro programado,* por lo que no es procedente la nulidad de un acto jurídicamente válido. Es cierto que al 1º de abril de 1994 el hoy pensionado contaba con más de 40 años de edad. Los demás supuestos no son ciertos, no son hechos o no le constan, enfatizando que brindó la debida asesoría y acompañamiento al señor Jaramillo Velásquez al momento de su vinculación a esa AFP y durante su permanencia en ella, hasta la consolidación de los requisitos para el disfrute de la pensión que percibe desde el año 2015. **Presentó oposición a las pretensiones,** al no ostentar el demandante el estatus de **afiliado,** sino de **pensionado, desde el 22 de abril de 2015, fecha en que se dio su ingreso a nómina de pensionados en la modalidad de retiro programado.** Expuso los fundamentos de derecho y razones de su defensa y formuló las **excepciones, previa** de: falta de integración del Litis consorcio necesario por pasiva, por **ser indispensable la comparecencia de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de Bonos Pensionales,** y de **mérito,** las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, pago, compensación, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado por falta de causa,

inexistencia de la obligación de restituir pagos efectuados en cumplimiento de obligaciones legales y liquidación de la comisión dentro del tope establecido por ley.

En escrito separado la **AFP Protección S.A.**, formuló **demanda de reconvencción**, pretendiendo el reembolso de los dineros pagados por mesadas pensionales y por excedentes de libre disponibilidad pagados al demandante, desde el 06 de marzo de 2015.

En auto del 12 de agosto de 2019 se admitieron los escritos de contestación, se reconoció personería a los apoderados, se admitió y dispuso la notificación de la demanda de reconvencción y **se ordenó la integración por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, entidad que debidamente notificada, dentro de la oportunidad de ley, allegó pronunciamiento, así:

Frente a los hechos no le constan o no son tales, en los **fundamentos y razones de derecho** explica que el demandante se encuentra vinculado al RAIS desde el 14 de noviembre de 1996, cuando suscribió formulario con la AFP Protección, traslado de régimen, resultando imposible declarar la ineficacia de tal acto por ostentar la calidad de pensionado por el fondo privado, Que por contar con más de 150 semanas cotizadas al ISS para la fecha de su traslado al RAIS, tuvo derecho a la emisión y redención de bono pensional tipo A, modalidad 2, en el que concurrió como **emisor** la Nación y participó como **contribuyente** el **ISS hoy Colpensiones**, por lo que en el evento de acogerse las pretensiones, tal valor debe ser reintegrado a la Nación – Ministerio de hacienda y Crédito Público, debidamente actualizado. Formuló **las excepciones** de buena fe y la genérica.

La primera instancia terminó con **sentencia** proferida por el Juzgado Doce laboral del Circuito, **en la que absolvió a las entidades accionadas de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, dejando incólume su afiliación y actuaciones surtidas en la AFP para la consolidación de su derecho pensional**, impuso condena en costas a la parte vencida y en caso de no apelarse, dispuso el grado jurisdiccional de consulta para el demandante.

La juzgadora luego de referir las normas de la Ley 100 de 1993 que consideró pertinentes para la decisión del caso, concluyó que **en el asunto concreto no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante, por haber consolidado su estatus de pensionado en el mes de abril de 2015, disfrutando desde entonces de mesada pensional en la modalidad de retiro programado**, dejando incólume tal estatus y sus condiciones, citando para el efecto apartes de sentencia de unificación de esta sala especializada, del mes de agosto de 2019 y de la SL373-2021.

Al no interponerse recurso de apelación y ser la decisión totalmente adversa a los intereses del demandante, se conoce de la misma en grado jurisdiccional de consulta, en los términos del artículo 69 del C. P. T. y de la S.S.

De la oportunidad para presentar alegatos ante esta instancia hizo uso **la apoderada judicial de Colpensiones**, con argumentos que no corresponden a lo debatido, pues peticona **la revocatoria de la providencia revisada**, por haberse realizado la movilidad entre regímenes dentro del término autorizado por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debiéndose tener en cuenta las sentencias C 789 de 2002, C 1024 de 2004, C 086 de 2016, C 1025 de 2005 y los Decretos 692 de 1994 y 3995 de

2008, al igual que las sentencias SU 062 de 2020, SU 130 de 2013, SL 373 de 2021 y C 1024 de 2004, que impiden la movilidad entre regímenes para quienes estén a menos de 10 años de la edad para pensión, en aras de la protección del equilibrio financiero del sistema y a los principios constitucionales de universalidad y eficacia, art. 48 superior, quedando claro que el traslado realizado por el demandante el 31 de octubre de 1996, *lo hizo conforme a la legislación que regulaba la materia*, por lo que se debe impartir decisión absolutoria.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

Teniendo en cuenta lo planteado en la demanda y lo decidido por la primera instancia, **el problema jurídico** queda circunscrito a establecer, si ostentando el demandante la calidad de pensionado por la AFP Protección S.A., desde el mes de abril de 2015, **bajo la modalidad de retiro programado**, es posible declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que hiciera con formulario suscrito el **14 de noviembre de 1996**.

Pues bien, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con pronunciamientos sostenidos en línea mayoritaria desde el año 2008, tiene decantado que para que se pueda predicar la selección libre y voluntaria de régimen pensional, se debe efectuar por el fondo privado el análisis de la situación particular de cada afiliado frente al sistema y cumplirse con el deber de información y asesoría previos, deber este que evolucionó al de asesoría y buen consejo y actualmente a la doble asesoría, siendo la sanción aplicada inicialmente la de nulidad, (ver sentencias 31989 y 31314 de 2008, 33083 de 2011), y a partir de 2014, modificada para hablarse de ineficacia en los términos de los artículos 13 y

271 de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL12.136 de 2014, SL 17595 y SL 19447 de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018; SL 1421, SL 1452 y SL 1688 de 2019), quedando definido en tales pronunciamientos la inversión de la carga de la prueba por las negaciones indefinidas que se hacen en los escritos de demanda, y porque en los términos del artículo 1604 del C. Civil la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, deber de información regulado desde el Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero, Decreto 720 de 1994, en la Ley 795 de 2003, Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 y más recientemente Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, **siendo esta tesis la acogida por esta Sala de decisión cuando de ineficacia de traslado de afiliados se trata, o cuando se está ante pensionados del régimen de prima media con prestación definida que han perdido los beneficios del régimen de transición.**

Sin embargo, como se advierte por las entidades accionadas y queda evidenciado con la documentación aportada, Protección S.A. le otorgó al demandante, previa petición y cumplimiento de los requisitos para ello, pensión de vejez en la **modalidad de retiro programado desde el 22 de abril de 2015, con mesada inicial por valor de \$1.630.006**, por lo que no es posible declarar la ineficacia o nulidad del acto de traslado como se pretende, al acordar con la AFP y aceptar las condiciones para gozar de pensión de vejez, la que viene percibiendo mes a mes, sin plantear en el escrito de demanda vicio alguno frente a este nuevo acto, que conlleve su declaratoria de ineficacia.

Y es que incluso desde la sentencia radicado 31989 de 2008, se indica: ... *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; luego, como se explicó por la Sala Primera de Decisión Laboral de esta Corporación en sentencia del 18 de septiembre de 2018 proferida dentro del proceso promovido por Claudia Elena Díaz Villegas, radicado 007 2016 00873, ha de entenderse,

*...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 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, y esto porque **de allí en adelante obra un nuevo acto jurídico autónomo e independiente entre la demandante y la entidad que la pensiona, con requisitos nuevos, es decir, con un objeto y una causa distinta a un traslado de régimen.***

Tesis que posteriormente fue ampliada por la Sala Plena Especializada Laboral de esta Corporación, en sentencia de unificación proferida el 14 de agosto de 2019, en la que se citan pronunciamientos de la Corte Constitucional que deslindan las calidades de pensionado y afiliado, e igualmente, normas de la Ley 100 de 1993 que efectúan la misma distinción, entre ellas artículos 13 literales b), d) y e), 87, 115 y 117, por lo que se apartó del precedente vertical frente sobre ineficacia de la afiliación al estar referido a afiliados, siendo los pensionados un universo fáctico diverso, precisando que sostener la ineficacia de la afiliación para pensionados del régimen de ahorro individual es un camino que puede conducir a situaciones del todo insostenibles, por cuanto la consolidación de ese nuevo estatus supone en muchos casos la participación de terceros de buena fe, como cuando se ha optado por pensiones bajo la modalidad de renta vitalicia y se ha contratado con una aseguradora su pago,teniéndose que este contrato es irrevocable, citándose como sustento apartes de la sentencia C-841 de 2003.

Valga también mencionar las situaciones de quienes se han pensionado anticipadamente y han negociado su bono antes de la fecha de redención normal, ese tercero inversionista que se ha beneficiado en el mercado de valores, mediante un negocio totalmente legítimo, querrá una respuesta cuando la justicia laboral disponga la anulación de esa transacción.

Estos serían solo dos ejemplos del impacto que en el mundo real tendría declarar la ineficacia de la afiliación de quienes ya se han pensionado en el régimen de ahorro individual, impacto que responsablemente se quiere evitar, decidiendo mediante sentencia de unificación que no podrá declararse la ineficacia, ni la nulidad de su afiliación cuando la misma se invoca por un pensionado en el RAIS, diferenciación entre afiliado y pensionado que también se explica en aclaración de voto que a sentencia SL1452-2019, radicación 68.852 del 03 de abril de 2019, hizo el magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, al indicar que frente al ejercicio de la acción de nulidad o ineficacia del acto de traslado *deberá diferenciarse cuando se está en cabeza del afiliado, pues quien haya alcanzado el derecho pensional, no solo habrá saneado con su ratificación de obtener la pensión cualquier deficiencia en los actos jurídicos anteriores, sino que ya tiene un estatus y derecho consolidado que le habilitan acciones diferentes a las del afiliado.*

Posición que fue acogida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, en asunto con supuestos de hecho que se pueden catalogar como analogía estrecha con el ahora analizado, decisión en la que se expone:

Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. 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)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 revertir esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

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

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

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

....

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.

*La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. **No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un consumado, cuyos intentos de revertir podría 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.***

....

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, 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. Negrillas intencionales.

Sin que se cuente aún con razones válidas para modificar esta tesis, por lo que se impone la confirmación de la sentencia revisada, sin que se causen costas en esta instancia, al conocerse la actuación por consulta a favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Luis Javier Jaramillo Velásquez** contra la **AFP Protección S.A., Colpensiones y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.**

Por conocerse la actuación en grado jurisdiccional de consulta, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado