



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, cinco de agosto de dos mil veintidós

S20-044

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **OFELIA MOSQUERA LÓPEZ**
Demandado: **COLPENSIONES**
PROTECCIÓN S.A. (demanda en reconvencción)
Vinculado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
Radicado No.: 05001-31-05-008-2018-00317-01.
Tema: ineficacia pensionada y perjuicios
Decisión: **CONFIRMA ABSOLUCIÓN**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora dentro del proceso de la referencia.

Conforme el poder allegado, se reconoce personería tanto al apoderado principal Dr. FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, representante legal para procesos de la firma PALACIO CONSULTORES S.A.S., como a la apoderada substituta Dra. NATHALY ANDREA VALENCIA HINESTROSA, identificados con la cédula de ciudadanía Nro. 71.379.806 y 1.035.855.869 y Tarjeta Profesional Nro. 198.214 y 274.197, para que continúen representando los intereses de Colpensiones, apoderada que ya venía actuando pero como sustituta del Dr. Santiago Upegui, a quien se le revocó el poder.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 22** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la demandante mediante este trámite, en síntesis, que tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenándose a Protección S.A. pagar un título pensional (bono pensional, aportes, rendimientos y demás), y los perjuicios caudados que resulten probados, entre ellos el otorgamiento de 50 SMLMV a título de daño o perjuicios materiales e inmateriales, además del reintegro a Colpensiones del total del valor pagado por concepto de pensión de vejez.

Adicional a lo anterior solicitó que se condenara a Colpensiones a reconocer y pagar la PENSIÓN DE VEJEZ con fundamento en el Decreto 758 de 1990 dado su calidad de beneficiaria del régimen de transición, concediendo el retroactivo de la prestación (mesadas causadas entre el 22 de abril de 2007, día en que cumplió la edad, y el mes de abril de 2012, cuando Protección le otorgó la pensión) y el reajuste o mayor valor entre viene devengando y hasta la fecha; además de los intereses moratorios establecidos en la Ley 100 de 1993, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES, EXPUSO LOS SIGUIENTES HECHOS:

- ✓ Que nació el 22 de abril de 1952, por lo que al 1 de abril de 1994 contaba con 41 años, cumpliendo 55 el mismo día y mes del año 2009.
- ✓ Que tiene un total de 1.478 semanas, correspondientes a las 750 aportadas al otrora ISS entre julio de 1977 y marzo de 1997, sumadas a las 728 que cotizó a Protección S.A. desde abril de 1997 hasta marzo de 2011. Enlista la información suministrada por el asesor así como los aspectos que nunca le explicó dicho fondo.
- ✓ Que cuando cumplió 55 años, en abril de 2007, NO pudo pensionarse porque el capital acumulado sólo financiaba una pensión mínima, por lo que continuó trabajando para mejorar el monto.
- ✓ Que a los 57 años, según cálculos de Protección, la mesada pensional sería del 48.38% de su salario, que debía sacrificar el bono para redimirlo en forma anticipada, incitándola a esperar hasta los 60 años, hecho que hizo gravosa su situación generándole unos perjuicios, pues de haber permanecido en el régimen de prima media, habría accedido a la pensión de vejez desde el año 2007, es decir, a los 55 años junto con el correspondiente retroactivo pues para la calenda ya alcanzaba 1000 semanas, aunado a que se vio avocada a laborar más años, con el desgaste y esfuerzo que ello implicaba, postergando su descanso, privándose de disfrutar a su familia y amigos, generándole una angustia y zozobra que

consecuencialmente implicó el desarrollo de una enfermedad, cáncer de seno izquierdo, diabetes y trastorno mixto de ansiedad y depresión. Refiere apartes de la historia clínica.

- ✓ Que fue objeto de una persecución laboral pues su jefe día a día la llamaba a pedirle la renuncia, dado que suponía que a los 57 años debía estar pensionada, la requirió por escrito para que aportara copia de la cédula y firmara los formatos de pensión, hasta que se vio obligada a renunciar un año antes de cumplimiento de los 60, y tras 29 años de trabajo con su empleador.
- ✓ Que desde el 26 de abril de 2012 Protección S.A. le reconoció la pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado teniendo en cuenta un IBL al que le aplicó una tasa de remplazo del 70%, por lo que el monto de la prestación fue de \$997.201.
- ✓ Que los perjuicios morales se soportan en la carga negativa emocional, estrés, actividad médica (5 años de chequeos y exámenes de laboratorio), el dolor, la pesadumbre, perturbación del ánimo, sufrimiento espiritual, pesar, congoja, aflicción, pena, angustia, perturbación anímica, desolación, impotencia y otros signos expresivos que demandó el cáncer de seno izquierdo.
- ✓ Que el 20 de marzo de 2018 solicitó su traslado a Colpensiones y el otorgamiento de la prestación por vejez, petición resuelta en forma desfavorable aduciendo que ya se encontraba pensionada en el RAIS, por lo que buscó ayuda profesional descubriendo una diferencia en la pensión de \$401.139 en contraste con la que hubiese obtenido de permanecer en el régimen de prima media.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido.

Inicialmente se pronunció **PROTECCIÓN S.A.**, en síntesis, negó el incumplimiento del deber de información, destacando que el traslado obedeció a una decisión libre, voluntaria y sin ningún tipo de presiones, luego de suministrar una información completa y veraz, acto que implicó la pérdida del régimen de transición. De otro lado, adujo que la actora no satisfacía los requisitos de la SU-130 de 2013 pue al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 609 semanas cotizadas de las 750 requeridas, y preciso que aquella venía disfrutando de la pensión de vejez desde el año 2012, en la modalidad de retiro programado, calculada conforme los lineamientos legales.

En la misma oportunidad, dicha administradora del RAIS formuló demanda de reconvención con fundamento en el hecho de que la actora actualmente era pensionada, por lo que solicita que se condene a la señora OFELIZ MOSQUERA LÓPEZ a devolver los valores recibidos a título de mesada pensional en forma indexada

Al pronunciarse frente a la demanda de reconvención, la parte actora se opuso al reintegro y solicitó que los pagos recibidos se consideraran como cubrimiento de perjuicios deprecados, reiterando la omisión, mala asesoría y engaño que había sufrido de parte de la AFP.

Por su parte **COLPENSIONES** señaló que únicamente le constaban los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado al RAIS así como los diagnósticos que se apreciaban en los apartes de la historia clínica allegada y la reclamación administrativa elevada. Destacó que no era dable acceder al retorno de régimen pretendido en atención a la prohibición legal con ocasión de la edad de la actora.

Finalmente la Oficina de Bonos Pensionales del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, vinculada como litis consorte necesario en atención a la excepción previa formulada por el fondo, se pronunció indicando que desconocía las circunstancias en que la señora Ofelia Mosquera se vinculó a Protección S.A. el 13 de marzo de 1997, destacando que entre sus funciones sólo se encontraban las de liquidar, emitir, expedir, redimir, pagar o anular bonos pensionales o cupones a cargo de la Nación, razón por la cual considera inoficiosa su vinculación a este trámite. En todo caso advirtió que, al margen de que le correspondía a la accionante acreditar el engaño que aludía, era imposible declarar la ineficacia dado su condición de pensionada en el RAIS. Añadió que aquella tenía derecho a un bono pensional tipo A modalidad 2, cuya fecha de redención normal tuvo lugar el 22 de abril de 2012, data en que alcanzó 60 años, realizando el pago del mismo el día 24 del mismo mes y año a través de la Resolución Nro. 9584. Recuerda la restricción legal y jurisprudencial que en materia de traslado existe para quien ostente la calidad de pensionado, viable sólo para los afiliados que no han consolidado su situación pensional, lo que no acontecía en este caso. Finalmente precisa que de prosperar la acción, debía reintegrarse al ente ministerial el valor del bono debidamente indexado.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 28 de enero de 2020, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín ABSOLVIÓ a las entidades demandadas de la totalidad de pretensiones formuladas en

su contra por la señora Ofelia Mosquera López, a quien condenó en costas fijando como agencias en derecho la suma de \$877.803, a favor de las llamadas a juicio a prorrata.

Dentro del término legal, la parte actora interpuso y sustentó recurso de apelación

2. ARGUMENTOS

2.1. DE LA JUEZ PARA DECIDIR

Que si bien existía una clara línea de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al cumplimiento del deber de información en los casos de traslado de régimen, lo cierto es que dicha tesis sólo resultaba aplicable a quienes ostentaban la calidad de afiliados, no así para personas que, como la aquí accionante, era pensionada, tesis que respalda en las providencias que cita.

Que lo procedente era buscar la declaratoria de responsabilidad y resarcimiento de un perjuicio, sin que mediara en el proceso prueba de haberse causado, mucho menos la existencia de un nexo causal.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDANTE

Sendos fueron sus argumentos en aras de que, a su juicio, se acogiera una decisión acorde a derecho, los que se sintetizan así:

- ✓ Régimen de transición: por edad y semanas la demandante contaba con dicho beneficio, lo que constituía el norte del asunto, aspecto subvalorado que debía ser revisado en segunda instancia al ser omitido por la a quo. Aunado a ello, en el salvamento de voto que referencia se indicó que debía examinarse si la ausencia de un consentimiento informado materializaba un perjuicio determinable como lo era la pérdida de tal prerrogativa.
- ✓ No se valoraron los elementos estructurantes de la ineficacia, ni se hizo alusión a ellos, incurriéndose en un yerro únicamente porque la accionante era pensionada. Que no había prueba en contrario, es decir, de que la AFP hubiese cumplido con su deber de buen consejo, ni re-asesoría, o un consentimiento informado libre de vicios, carga de la prueba del fondo.
- ✓ La juez condicionó el estudio de la ineficacia y adujo que se saneó con la reclamación de la pensión de vejez, empero, la ineficacia le restaba efectos a ese acto, aunado a que la

jurisprudencia del órgano de cierre precisaba que lo que se evaluaba y juzgaba era el acto inicial del traslado, sin que fuese posible sanear aquello que nunca produjo efectos. Por ello el estudio de la pretensión no se condicionaba al estatus de afiliado, máxime cuando de los hechos de la demanda otra cosa era lo que se extraía, donde se explicaba cómo la actora no pudo beneficiarse de un derecho pensional desde que lo causó en el año 2010, anualidad en la que, al acercarse al fondo, le calcularon una mesada pensional equivalente al 48% de su IBL, la afectación del bono por redención anticipada, induciéndola a cotizar y trabajar hasta los 60 años, situación pensional que a su vez le generó a la demandante preocupación, angustia, estrés laboral que la llevó incluso a padecer una enfermedad mortal, cáncer de mama en el seno izquierdo. Explica lo que califica como el *tormentoso proceso pensional* dando lectura a los hechos de la demanda que hacían alusión a ello, acto de reconocimiento que en todo caso estuvo viciado por la carencia de los elementos estructurales como lo eran la libertad y voluntariedad, pensión que recibió en atención a su estado de salud, no así de manera libre y voluntaria, reclamación que no fue eficaz por el engaño y presión que mediaron en su realización, de ahí que no se pudiese subsanar esa ausencia del deber de información y libertad informada.

- ✓ El estatus de pensionada no impide ejercer el derecho de acción. Cita apartes de la sentencia SL1688 de 2019 que revocó una providencia por indebida interpretación al haber introducido un condicionamiento NO expuesto en torno a la ineficacia del traslado, rememorando algunas reglas jurisprudenciales según las cuales debía examinarse el asunto sin miramientos a que la persona fuese o no beneficiario del régimen de transición. Los elementos del consentimiento informado también cobijaban a un pensionado sin importar si se tenía o no un derecho consolidado, dado que la violación al deber de información se predicaba frente a la violación del acto jurídico de traslado.
- ✓ Que en providencia emitida por el Magistrado Hugo Alexander Bedoya, se indicó que el estudio de ineficacia de pensionado se detallaba en cada caso y no genéricamente.
- ✓ Debe examinarse las particularidades del caso, así como los vicios del consentimiento que mediaron en el acto de pedimento y reconocimiento.
- ✓ La cuenta del RAIS no se descapitalizó. Es deber de Protección completar el capital para que dicho dinero sea reintegrado a las arcas de Colpensiones y NO sea la entidad pública la que sufra el menoscabo al momento de otorgar la prestación por el deterioro de la cosa que otro administró.
- ✓ Indebida interpretación del referente jurisprudencial de caras a las sentencias que reseña. No se dio correcto alcance interpretativo a las reglas aludidas, apartándose del precedente sin fundamento, máxime si la reclamación de la pensión, así como el traslado, son actos

ineficaces que por demás causaron unos perjuicios, también deprecados, situación pensional que precisamente le produjo a la accionante un cáncer de mama.

2.3. ALEGATOS

2.3.1. PRESENTADOS POR PROTECCIÓN S.A.

Comienza por precisar que sus argumentos se inclinan porque se mantenga la decisión emitida por la a quo mediante la cual declaró probadas las excepciones propuestas por las demandantes.

Fundamenta tal pedimento trayendo a colación apartes tanto de la sentencia SL 373 de 2021 emitida por la Sala de Casación Laboral, como de la Sentencia de Unificación proferida por la Sala Especializada Laboral del Tribunal Superior de Medellín el 14 de agosto del 2019, en el proceso con radicado 05001-31-05-007-2015-01295-01, a través de la cual se fijó precedente judicial unificado con relación a la ineficacia del traslado de régimen de quien ostente la calidad de pensionado en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Igualmente cita lo decidido por el *ad quem* el 14 de abril de 2021 en el proceso de radicación 05-001-31-05-021-2018-00625-00.

Señala que en la providencia en mención se referencia el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 según el cual la obligación de la AFP no se ciñe solamente a la antesala del traslado, regulación que permitía inferir que una vez solicitada la prestación económica de vejez ante la AFP y obtenido el disfrute pensional, la falta de información en el traslado inicial entre regímenes pensionales se refrendaría o convalidaría, ya que se trataba de un nuevo acto jurídico en la que la AFP le puso a disposición las diferentes modalidades pensionales del RAIS, y la conformación de su historia laboral a la demandante.

Que en el caso que nos ocupa, es claro que la señora Ofelia Mosquera López se encuentra pensionada por Protección S.A. desde el año 2012. Sobre lo que, en particular, también manifestó la providencia aludida de la Corte lo siguiente: *... 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.*

Que teniendo en cuenta lo anterior, resultaba improcedente la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de la demandante, por cuanto se trataba de una persona que ya superó la calidad de afiliada y consolidó una situación jurídica en el RAIS de manera libre y voluntaria, pues participó de manera activa en todos los tramites tendientes al reconocimiento que por pensión de vejez le efectuó Protección S.A. desde el año 2012

Que en el evento de que se revoque la decisión emitida, deben acogerse las consideraciones efectuadas por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto con radicado No. 2019152169-003-000, del día 17 de enero de 2020, cuyos apartes también cita, en el que emitió su pronunciamiento frente a los interrogantes planteados por ASOFONDOS sobre la declaratoria de ineficacia o nulidad de traslado y sus consecuencias, y en tal sentido se mantenga la decisión de no ordenar a Protección S.A. a trasladar sumas por concepto de comisiones de administración.

Y continúa su intervención señalando que:

En dicho concepto se señaló, entre otras, las siguientes:

1. El Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993 integra dos regímenes pensionales excluyentes entre sí pero que coexisten, estableciendo, entre otras características, la posibilidad de trasladarse libremente entre estos atendiendo unos términos mínimos de permanencia y edad, así como la de sumar las cotizaciones hechas en ambos para efectos de reunir las condiciones que dan derecho a las prestaciones que este Sistema otorga a los afiliados.
2. Frente a las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen, el legislador dispone reglas que no permiten que su resultado sea comparable, pues en el RPM los afiliados obtienen prestaciones cuyas condiciones y montos están definidos en la ley mientras que en el RAIS las prestaciones y pensiones que se reconocen dependen directamente de los valores ahorrados en la cuenta individual de los afiliados.
3. El acto jurídico del traslado goza de validez jurídica en cuanto a que cumplió en su totalidad con los presupuestos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil.
4. El consentimiento informado corresponde a un asunto probatorio; pero, en todo caso, sugiere, en línea con lo expuesto por la Corte Constitucional, unos parámetros que deben ser revisados por los operadores judiciales al momento de tomar sus decisiones, apoyándose en criterios técnicos en los que se determine que no se generará una afectación al Sistema General de Pensiones, atendiendo para ello los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. Frente a los criterios técnicos a los que se refiere la Superintendencia Financiera de Colombia es importante aclarar que las disposiciones legales que regulaban los parámetros para los cálculos actuariales diferían de los hoy existentes ya que, como es obvio, los sistemas se tienen que ir ajustando a las realidades y por ende, se expidieron una serie de resoluciones que modificaron las expectativas de vida y la introducción de parámetros adicionales que sin lugar a dudas permiten que sean los mismos afiliados que financien su pensión, garantizando así una sostenibilidad financiera del sistema y no tener la necesidad de acudir a subsidios del Gobierno que finalmente terminarían siendo cargas impositivas para los colombianos con el fin de cubrir las obligaciones pensionales en el RPM que ya actualmente, se encuentran desfinanciadas.

Concluye que no resulta viable el traslado de sumas diferentes a los aportes y sus rendimientos tales como comisión de administración, aquellas asociadas con las primas previsionales y de reaseguro pues frente a la comisión de administración, esta se justifica en la medida en que, al ser los fondos de pensiones obligatorias patrimonios autónomos integrados por las cuentas de ahorro individual de los afiliados que son independientes al patrimonio de la administradora, esta ha desplegado una serie de actividades para su conservación, entre otras: (i) la elección adecuada de los instrumentos financieros en que se invierten los recursos con el fin de obtener rendimientos en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establece el Gobierno Nacional y que hoy se encuentra recogido en el Decreto 2555 de 2010; (ii) la valoración diaria de la unidad que compone dichos patrimonios autónomos, en cumplimiento de lo establecido en el Capítulo I de la Circular Externa 100 de 1995 expedida por esta Superintendencia. (iii) Y, en caso de no generarse la rentabilidad mínima exigida en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, proceder a responder con su propio patrimonio y con la reserva de estabilización que corresponde al 1% del valor del fondo administrado, que debe estar invertida en las mismas condiciones que el correspondiente fondo, evitando así, perjuicios para los afiliados.

Que así mismo, a juicio de la Superfinanciera, los recursos destinados para el pago de primas previsionales para la asunción de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, son sumas de dinero que cumplieron con su finalidad y, por lo tanto, no fueron gestionados por la Administradora, sino que, por el contrario, fueron entregados mes a mes a las aseguradoras en cumplimiento de unas obligaciones contractuales, con el fin de asegurar la cobertura contra los riesgos anteriormente descritos.

En dichos términos solicitan se acojan los argumentos de hecho y de derecho expuestos, no sólo en los alegatos, sino además en la contestación de demanda.

2.3.2. ALEGATOS DE COLPENSIONES

Solicita se confirme en su integridad la decisión adoptada en primera instancia. Expresamente indicó que:

“(…) en el caso que nos ocupa tenemos que la señora demandante se encuentra pensionada por la AFP Protección desde el mes de abril de 2012 y de conformidad con reciente pronunciamiento la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 373-2021 del 10 de febrero de 2021 razonó:

“Que no es posible revertir ciertos efectos económicos como el deterioro que sufre el capital que ya ha sido objeto de pago a través de mecanismos de financiación como los bonos pensionales y las cuotas partes de entidades contribuyentes, como consecuencia ineludible del pago de mesadas pensionales. En efecto, es irreparable la pérdida de integridad del músculo financiero con que se respalda el pago de la prestación, por lo que forzar a través de una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraba las cosas, va en detrimento de los recursos de la Seguridad Social, bien sea que provengan de la Nación y/o demás entidades que deben contribuir al financiamiento del pasivo pensional. Sumado a lo anterior, se torna inviable la realización de los efectos de la ineficacia, por cuanto no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros como aseguradoras, entidades oficiales e inversiones, que según la modalidad pensional en que se encuentre el actual pensionado, hayan concurrido en la administración y gestión del riesgo financiero, entre otras muchas problemáticas de orden financiero, que ocasionarían un déficit económico entre los actores del Sistema que han confluído en la gestión de los recursos a través de relaciones jurídicas válidamente suscitadas en el mundo jurídico del Sistema General de Pensiones, en cumplimiento de obligaciones y deberes contractuales que ya se encuentran consumados y perfeccionados con las consecuencias de orden legal y financiero que ello acarrea.

Concretamente, esa alta corporación estableció:

“...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.”

Por lo expuesto, no es procedente la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Ceñidos a lo señalado por el recurrente, los argumentos expuestos por la a quo y las pretensiones de este proceso, el eje central de la controversia gira en torno a establecer si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la señora OFELIA MOSQUERA LÓPEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., examinando si su situación fáctica puede encuadrarse en el precedente construido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues se trata de alguien que ya está pensionada.

En caso negativo se analizará la viabilidad de la indemnización de perjuicios deprecada.

En caso afirmativo, se estudiará no sólo si la actora ostenta la calidad de beneficiaria del régimen de transición y si satisface los requisitos regulados en el Decreto 758 de 1990 para acceder a la pensión de vejez, sino además si es procedente ordenarle retornar las mesadas que a la fecha ha recibido bajo la modalidad de retiro programado. Igualmente se examinará lo atinente a la anulación del bono pensional, así como los conceptos que le corresponde retornar a la administradora del RAIS.

4. CONSIDERACIONES

Ha de comenzarse por señalar que el 14 de agosto de 2019, el Tribunal Superior de Medellín, con ponencia que le correspondió a quien hoy preside esta Sala, profirió una sentencia de unificación dentro del proceso que cursó bajo el radicado 05001-31-05-007-2015-01295-01, siguiendo los lineamientos del último inciso del artículo 35° del Código General del Proceso, concordado con el también último inciso del artículo 10° del Acuerdo PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017 del Consejo Superior de la Judicatura.

En tal oportunidad, se examinó la **improcedencia** de la declaratoria de ineficacia o nulidad respecto de una persona que, como en este caso, ostentaba la calidad de pensionado, en aquella oportunidad, en la modalidad de renta vitalicia, disímil al caso de la señora Ofelia Mosquera López, a quien se le reconoció bajo la modalidad de retiro programado a partir de abril de 2012, según consta en documentación obrante a folios 214 y 215 del expediente, estatus que por demás aceptó la actora en el interrogatorio de parte absuelto ante el despacho.

En la sentencia de unificación, a cuyo contenido se remite esta Magistratura, se reseñaron apartes del corpus argumentativo construido por la Sala de Casación Laboral, se recordó que los jueces no operaban en laboratorios cerrados al mundo, buscando la perfección del silogismo

normativo, sino que, por el contrario, modificaban con cada providencia una realidad. Fue así como, con apego a una teoría consecuencialista, NO se hizo extensivo el razonamiento de la Corte Suprema de Justicia respecto de quienes ostentaban la calidad de pensionados en los fondos privados.

En tal oportunidad también se acudió a lo normado en el art. 107 de la Ley 100 de 1993, según el cual el traslado a otra entidad administradora era una facultad propia de quien ostentase la calidad de afiliado y una prohibición para el pensionado, habiendo la Corte Constitucional abordado la problemática que suscitada tal diferenciación de cara al principio de igualdad, asunto resuelto por mediante sentencia C-841 de 2003, al señalar 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.

Y más adelante concluyó 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.”

Fue así como el tribunal reafirmó la pertinencia de las limitaciones a la movilidad entre regímenes, optando por la solución que menos impacto negativo generaría en el sistema, resultando 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.

Frente a este tema se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021 radicado 84475, donde se recogió 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, indicando que esto no era posible, pues la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada que no es posible revertir. En esta oportunidad dijo la Corte:

“Es un hecho acreditado que [...] 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), 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.

[...]

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 gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.”

Providencia que fue ratificada en sentencia SL3707 de 2021 radicado 86706, la cual además NO CASÓ la sentencia proferida por este Tribunal el 14 de agosto de 2019, antes reseñada. Indicó la Corte en esta oportunidad que:

“Así, no andaba desencaminado el sentenciador cuando adujo las consecuencias financieras al sistema que podría acarreararse con la declaratoria de ineficacia del traslado, no porque eventualmente fuere masiva, sino porque, para el caso concreto, ya había efectos económicos que no resultaban reversibles y obrar de manera distinta implicaría afectar a terceros de buena fe, en este evento en particular, por ejemplo, a la aseguradora con quien se celebró el contrato de renta vitalicia. Y es que el efecto de la declaratoria de ineficacia, a falta de disposición específica que regule el tema, según lo ha sostenido la Corte, por regla general, no es otro que el señalado en el artículo 1746 del Código Civil, es decir, dar a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato (CSJ SL2877-2020), lo cual, por las razones arriba explicadas, en estos casos, cuando el reclamante tiene la calidad de pensionado y ha percibido las mesadas contratadas, v. gr. en este evento específico hace ya aproximadamente doce (12) años, esto no es posible.”

En consideración a lo expuesto, estima la Sala que en el caso de autos no es posible declarar la ineficacia del traslado de la señora Ofelia Mosquera dado que esta se encuentra pensionada en el Régimen de Ahorro Individual por parte de Protección S.A. y por tanto no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, debiéndose CONFIRMAR la decisión absolutoria de la primera instancia, sin que pueda resultar admisible analizar el caso de acuerdo a la jurisprudencia que pudo o no imperar al momento de impetrar la demanda, pues estamos sujetos al criterio actual, que por demás comparte esta Magistratura, que no cuenta con un argumento razonable para apartarse de la misma.

Así las cosas, y contrario al pensamiento del recurrente, tal postura releva al operador jurídico del análisis atiente a la procedencia de la pensión de vejez en los términos referidos por el Decreto 758 de 1990, dado que la pérdida de los beneficios del régimen de transición NO comporta un criterio atendible para declarar la ineficacia cuando quien impetra la acción, como en este caso, ostenta la calidad de pensionado.

PERJUICIOS

De otro lado, reclama la actora el reconocimiento de la indemnización por perjuicios causados que *resulten probados*, así:

- ✓ A favor de Colpensiones, reintegrando el valor de las mesadas pensionales pagadas por concepto de vejez.
- ✓ Y a su favor en la suma de 50 SMLMV a título de daños o perjuicios materiales e inmateriales.

Entiéndase en este punto, que el estudio de la Sala estaría limitado a la segunda de las opciones enunciadas, toda vez que la primera de ellas, al ser una pretensión accesoria, evidentemente correría la suerte de la principal. Es decir, si NO es dable aplicar las subreglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia en cuanto al cumplimiento del deber de información en atención a la calidad de pensionado de quien incoa la acción, y por ello NO es factible declarar la ineficacia del traslado, y mucho menos entrar a examinar la procedencia del reconocimiento de la pensión de vejez en los términos que se estipulan a los afiliados al régimen de prima media, pues consecuentemente tampoco es necesario estudiar que conceptos debe retornar la accionante o si las sumas percibidas deben entenderse compensadas a título de resarcimiento de perjuicios.

Empero, dicho raciocinio NO puede predicarse de la suma pretendida a título de daños, menos aun cuando, conforme el actual precedente, el pensionado que considera que la administradora del fondo de pensiones incumplió su deber de información y que, 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.

No obstante lo anterior, y al margen de la veracidad de tal afirmación y la discusión que podría suscitar la noción de daño, su acreditación, el nexo causal y demás disquisiciones puntuales relacionadas con perjuicio que se alude y la indemnización que se reclama, otro es el asunto a destacar, dado que en uno u otro evento, habría operado el fenómeno jurídico de la prescripción, excepción formulada por Protección S.A. al contestar la demanda, toda vez que el daño, de haberse generado, sería exigible desde abril de 2012, cuando el fondo reconoció la prestación por vejez, habiéndose impetrado esta acción el 29 de mayo de 2018, conforme se avizora en el sello impuesto por la Oficina Judicial de Medellín (fl. 29), habiendo excedido el término trienal de que trata el art. 151 del CPT y la SS, según el cual *las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible*.

Ya la Corte Suprema de Justicia se ha ocupado del tema en sentencia de radicación SL053-2022, cuando señaló que:

Así las cosas, el Tribunal en ese punto, no incurrió en los errores que le endilga la censura, pues al advertir que la ineficacia de la afiliación es incompatible con la condición de pensionado, plasmó una tesis compatible con la actual postura de esta Sala. No obstante, sostuvo esta Corporación en la sentencia anteriormente citada CSJ SL373-2021 que:

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

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

Lo anterior permite colegir que en el *sub lite*, ante la falta de prosperidad de la ineficacia del traslado de régimen pensional habría lugar, dada la condición de pensionado del promotor del juicio, a estudiar e imponer la indemnización plena de perjuicios que desde el libelo inicial se reclamó, lo que conlleva que el cargo sea fundado; no obstante, en las condiciones del informativo la Sala llegaría a la misma conclusión que el *ad quem* como pasa a analizarse.

El precepto normativo llamado a regir la indemnización plena de perjuicios solicitada, como lo señalara esta Corte, es el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que reza:

ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

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

Por lo anterior, el cargo, aunque fundado, no prospera.

(Resaltos propios)

En este orden de ideas, tampoco tendría vocación de éxito la súplica impetrada.

En consecuencia, se CONFIRMARÁ la decisión objeto del recurso de alzada por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han proferido en torno al tema.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **DECIDE**


PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el día 28 de enero de 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **OFELIA MOSQUERA LÓPEZ** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 22.098.888, contra **PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES** y a la **Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.


SEGUNDO: sin costas en esta instancia.

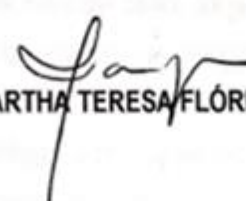
Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

(Firmas escaneadas)

Los Magistrados,


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante:	OFELIA MOSQUERA LÓPEZ
Demandado:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Vinculado:	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
Radicado No.:	05001-31-05-008-2018-00317-01.
Tema:	ineficacia
Decisión:	CONFIRMA ABSOLUCIÓN
Fecha de la sentencia:	05/08/2022

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 08/08/2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario