

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	: MARIA CONSUELO ARCILA GUTIERREZ
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-020-2019-00569-01
RADICADO INTERNO	: 177-22
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 211

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el grado jurisdiccional de consulta, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante, solicita se DECLARE la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a la AFP PORVENIR S.A. y se DECLARE válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones toda vez que la AFP no actuó conforme a la ley y omitió reasesorarlo y mostrarle las proyecciones a la demandante antes de cumplir los 47 años, se DECLARE que PORVENIR S.A. está obligada a devolver los aportes realizados a Colpensiones sin cobros de administración y se CONDENE a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que efectuó al régimen de ahorro individual incluyendo los rendimientos sin ningún descuento y se condene a Colpensiones a tener como válida, vigente y continúa la afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

Como fundamento factico de las pretensiones indicó que, nació el 23 de mayo de 1961 por lo que a la fecha de la presentación de la demanda cuenta con 58 años de edad, inició sus cotizaciones en el régimen de prima media en el mes de septiembre 1995 y en el mes de diciembre 1997 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy Porvenir. En la actualidad se encuentra vinculada laboralmente con ASSBASALUD en el municipio de Manizales caldas, sin embargo, no considera que el traslado de régimen que se realizó en vigencia la relación laboral haya estado ajustado a derecho toda vez que la AFP PORVENIR no fue precisa al momento de afiliarla por cuanto no brindó una información real acerca de cuál sería una proyección estimada de la mesada pensional en dicho régimen y que por lo anterior resulta más beneficioso estar afiliada en el régimen de prima media dado que las situaciones particulares de la demandante como la fecha de ingreso al empleo y su y IBL no resultaban aptos para pertenecer en el régimen de ahorro individual. Que si bien es cierto que el objeto social de las administradoras del régimen de ahorro individual obedece a la rentabilidad y a las fluctuaciones del mercado está no pueden dedicar sus esfuerzos a la suscripción de un contrato de afiliación de cualquier persona de forma indiscriminada sin tener en cuenta sus condiciones particulares. Que a la demandante no se le explicó de manera clara y precisa los riesgos y beneficios que corría al estar afiliada en dicho fondo, se le realizó la afiliación sin informarle el monto de la mesada pensional en el RAIS y que la obtención de esta solo obedece al capital ahorrado y que por lo tanto dicha AFP mediante un engaño sustentó la decisión de afiliación en premisas que no se ajustaban a la realidad financiera de la trabajadora. Qué Porvenir incurrió en una omisión al no haberle dado la información suficiente pues se le debería haber mostrado las desventajas de permanecer en dicho régimen y se le debió además brindar asesoría antes de cumplir los 47 años de edad. Que el 20 de diciembre del 2018 presentó solicitud de traslado ante Porvenir obteniendo una respuesta negativa el 4 enero del 2019 indicándole que los asesores le explicaron las condiciones indicaciones que conlleva la filiación y que finalmente la voluntad de pertenecer al fondo es ratificada con la suscripción del formulario de afiliación. Que el 1° de febrero del 2019 presentó reclamación ante Colpensiones solicitando el traslado de régimen sin embargo dicha entidad no dio respuesta alguna, qué el daño que va a sufrir la demandante en su mesada pensional es latente a causa de la deficiente asesoría, precisando además que la pensión en el régimen de ahorro individual sería de un salario mínimo y en el régimen de prima media de \$1.499.482 indicando que si Porvenir hubiera informado de los panoramas económicos que podían

presentarse cuando hiciera efectivo su derecho pensional, la demandante en su sana lógica no hubiese tomado la decisión de afiliarse en dicho régimen

RESPUESTA DE COLPENSIONES

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta la edad de la demandante, la fecha en que inició cotizaciones en el ISS y la fecha en que realizó el traslado al RAIS, y la solicitud de traslado presentada ante dicha entidad, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos y que no le constan, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen, devolución de la totalidad de los aportes indexados, prescripción, imposibilidad de condena en costas, buena fe y la innominada o genérica.

RESPUESTA A LA DEMANDA DE PORVENIR S.A.

Esta entidad dio respuesta a la demanda manifestando que la demandante suscribió formulario de afiliación a Colpatria el 30 de octubre de 1997 y su afiliación se hizo efectiva el 1 de diciembre de 1997, de acuerdo con el reporte del SIAFP, y que posteriormente, la demandante suscribió formulario de afiliación a mi representada el 24 de enero del 2000 y su afiliación se hizo efectiva el 1 de marzo del 2000, de acuerdo con el reporte del SIAFP, y que acepta haber recibido la solicitud hecha por la demandante el pasado 20 de diciembre de 2018, petición que fue respondida el 4 de enero de 2019 de manera satisfactoria y en cumplimiento de todos los requisitos legales. Frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos y que no le constan. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe,

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 20 de mayo de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, DECLARO probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN formulada por PORVENIR S. A. ABSOLVIO a PORVENIR S.A., así como a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones promovidas en su contra por MARÍA CONSUELO ARCILA GUTIÉRREZ, a quien CONDENO en costas fijando como agencias en derecho a favor de PORVENIR S. A. y de COLPENSIONES, la suma de \$1.000.000, equivalentes

a 1 SMLMV, en proporción de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000) para cada una de las demandadas.

CONSULTA

Como las partes no interpusieron recurso alguno el proceso fue remitido en el grado jurisdiccional de consulta atendiendo a lo establecido en el artículo 69 del C.P.T.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colpensiones manifiesta que dicha entidad siempre ha actuado de buena fe, conforme a derecho y de acuerdo con la normatividad vigente para el momento de la expedición de los diferentes actos administrativos expedidos por la demandada. Que la demandante no tiene la calidad de afiliada sino de pensionada y que por lo tanto conocía las características propias del Régimen de Ahorro Individual, tanto es así, que se acercó a una de sus oficinas de la codemandada Porvenir S.A. en el año 2020 para reclamar su derecho pensional, y su única observación fue el monto de la pensión, sin que se observe prueba alguna que la misma fuera rechazada por el potencial pensionado.

Que, además, para la fecha año 2020 en el cual se reconoció la pensión de vejez a la señora MARIA CONSUELO ARCILA GUTIERREZ, no era Colpensiones la que brindó la asesoría de las condiciones sobre su pensión, el monto de la misma o la realización de proyecciones, esta obligación está en cabeza de la AFP PORVENIR. En dicha calenda, se estaba formando un nuevo acto jurídico por lo que Colpensiones no tenía ninguna injerencia en el mismo.

Que se pregona desde la presentación de la demanda, es que la AFP PORVENIR, desde la asesoría inicial generó un vicio en la voluntad del traslado, ello debe demostrarse pues de lo contrario predominarían las conjeturas y suposiciones, y no los hechos debidamente demostrados en el proceso en los que intervino directamente la demandante, más aún cuando se configuró un nuevo acto jurídico entre las partes, responsabilidad que no debe ser atribuible a Colpensiones como viene ocurriendo en los diferentes fallos de ineficacia.

Igualmente, el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, contenido en la sentencia SL 373-2021, la cual moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de

la ineficacia, esto es, retrotraer las cosas al estado anterior, tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual. Por lo anterior solicita se confirme la sentencia y en caso de que se declare la ineficacia del traslado solicita que se devuelvan todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos sin ningún tipo de descuento.

El apoderado de Porvenir S.A solicita se confirme la sentencia de primera instancia reiterando los argumentos ya expuestos a lo largo del proceso como defensa de la demandada al ser improcedente la declaratoria de la ineficacia del traslado cuando se trata de un pensionado como lo es la demandante.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado del Régimen Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, pese que la demandante se encuentra pensionada por la sociedad PORVENIR S.A.

Para el caso en concreto no existe discusión y está acreditado que el demandante nació el 23 de mayo de 1961 (fls 41), y estuvo afiliada al ISS desde el 01 de septiembre de 1995, y radicó solicitud de traslado a la AFP COLPATRIA desde el 30 de octubre de 1997 y a PORVENIR S.A desde el 24 de enero de 2000, entidad a la cual se encuentra actualmente vinculada según lo confesado en el interrogatorio de parte.

Así mismo se tiene que la demandante MARIA CONSUELO ARCILA GUTIERREZ se encuentra pensionada por PORVENIR S.A en garantía de pensión mínima según consta en documento aportado por dicha entidad y que obra en el PDF 26 del expediente digital.

En igual forma en el interrogatorio de parte la demandante confiesa que se encuentra pensionada y que la razón por la cual se quería trasladar a Colpensiones es porque le dijeron que con Porvenir es muy posible que cuando se acabe la plata ya no quede pensionada y que con Colpensiones como es del gobierno seria mas segura su pensión.

De lo anterior es posible concluir sin duda alguna que se trata de una persona pensionada y no afiliada al sistema de seguridad social en el Régimen de Ahorro Individual, tal y como se acepta en el interrogatorio de parte.

Partiendo de lo anterior, lo primero que debe plantearse la Sala es ¿si es viable aplicar los argumentos expuestos por el precedente judicial para el traslado del afiliado al caso de quien ostenta el estatus de pensionado?

En este orden de ideas se advierte en primer término que la Corte Suprema de Justicia tiene una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de la afiliación, concluyendo dos subreglas: 1) Que las AFP debían brindar una información veraz, completa y comprensible y luego con leyes posteriores al 2010 el deber del buen consejo y 2) Que la carga de la prueba, correspondía a las administradoras (véase las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595 y SL 19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018; SL1688, SL1689, SL3464 y SL1452 de 2019; SL2611, SL2877 y SL4811 de 2020, SL1217 y SL782 de 2021).

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

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

inmerso en el contenido del ordinal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, además de que en la sentencia SL 373 de 2021, *“la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado”*, criterio reiterado además en las sentencias **SL 3707 del 18 de agosto de 2021**, y la **SL053 del 26 de enero de 2022**.

Además de lo anterior debe agregarse que la sentencia **SL3958 de 2019** de la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, hace una interpretación de las varias de las sentencias de la línea jurisprudencial **del afiliado**, para aplicarlas al caso de un pensionado. En igual sentido a pesar de lo consagrado en la sentencia **SL 3676 de 2020**, radicación 68091 del 5 de agosto de 2020, la misma no constituye doctrina legal probable para el caso bajo estudio, debiendo resaltarse además que en la misma existen aspectos relevantes que no serían aplicables en el presente asunto tales como que el demandante cuando recibió la notificación de su pensión por parte del Régimen de Ahorro Individual rechazó la misma, cosa que no ocurre en el presente evento dado que la hoy demandante, lleva varios años percibiendo la pensión por parte de PORVENIR S.A desde el año 2015.

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

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

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

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

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

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

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

- (i) Garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente de los recursos del régimen de pensiones de ahorro individual con solidaridad; y (ii) asegurar la estabilidad financiera y la rentabilidad de las inversiones de la entidad administradora o aseguradora.
- (ii) Estos dos fines están estrechamente ligados a los fines constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad que orientan la prestación y ampliación de la cobertura de la seguridad social, en general, y del sistema general de pensiones, en particular. Por ello, garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente y asegurar la estabilidad y la sostenibilidad del sistema, constituyen fines legítimos y constitucionalmente importantes en un Estado Social de Derecho como el Colombiano.

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

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

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

La prohibición de traslado para quienes les faltaren menos de diez años para pensionarse, introducida en la Ley 100 en el artículo 13, y modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, también fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, con consideraciones que, si bien se referían a una norma posterior, reafirman la pertinencia de esas limitaciones a la movilidad entre regímenes.

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

Si pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país, simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: “obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior”

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

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

Dada la diferenciación de las calidades de afiliado y pensionado claramente los diferencia, de los artículos 13, literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993; el artículo 1º de la Ley 1748 de 2014, permita apartarse del precedente de la Sala Laboral de la Corte sobre ineficacia de la afiliación, entendiendo que se está ante universo fáctico diverso como lo es la persona pensionada y de esa manera lo entendió la Sala Laboral de la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021, Magistrada

Ponente Clara Cecilia Dueñas, donde se analiza un evento de un pensionado anticipadamente, bajo la modalidad de retiro programado en la cual la Sala Laboral no casa la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Cali, no por las razones esbozadas en segunda instancia, sino por tratarse de una persona con estatus de pensionado desde el año 2008. Al respecto señaló la Corte lo siguiente:

“Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

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

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

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, ...

*Por lo tanto, **no se trata solo de 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. (...)*** (Resalto fuera del texto)

En igual sentido no se puede pasar por alto que la sentencia SL 373 de 2021 además de hacer expreso pronunciamiento de las consecuencias de revertir el reconocimiento de la pensión de vejez reconocida bajo la modalidad de **renta vitalicia**, también enunció la consecuencia de revertir todas las operaciones, actos o los contratos celebrados **con las AFP**, al señalar:

*“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.” (Resalto de la Sala)*

De la lectura del aparte anterior, considera la Sala que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia hace alusión a los pensionados por vejez en el Régimen de Ahorro Individual, bajo la totalidad de las modalidades pensionales sin excepción alguna.

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

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

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

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

*En la modalidad de **ahorro programado sin renta vitalicia**, el afiliado no adquiere el derecho a una prestación fija señaló “Cuando el afiliado adquiere la calidad de pensionado, el monto de la cuenta de ahorro pensional deja de incrementarse con base en aportes mensuales que haga el pensionado y la administradora de pensiones asume costos financieros adicionales. Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado.*

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

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

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

Frente al traslado entre regímenes.

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

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

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

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

*Ahora, retrotrayéndonos al estudio de la improcedencia de que se declare la inexistencia del traslado en este caso en particular, la sala se remite a la sentencia SL17595-2017 con radicado 46.292 MP Dr. Fernando Castillo Cadena en donde en forma concreta se dijo “... Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (...), entendiéndose con este último aparte de la providencia que si la información exigida data desde antes de la afiliación y hasta las condiciones del disfrute de la pensión, **ello implica, que una vez reconocida la pensión de vejez esa falta de información se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico adelantado por la afiliada y que corresponde a la solicitud de la pensión de vejez a la sociedad Porvenir S.A y al reconocimiento y pago***

de la prestación económica, pues solo tenía la posibilidad de alegar la falta de información previo al disfrute de la prestación económica y no con posterioridad a ella, como ocurre en este evento.

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

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

Además de lo anterior, también es necesario tenerse en cuenta lo indicado con por Corte Constitucional en la sentencia C 841 de 2003 cuando señalo con respecto a las modalidades de pensión que, “permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, **UNA VEZ SE HA ADQUIRIDO LA CALIDAD DE PENSIONADO** puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”

Se podría agregar por esta sala en las **implicaciones jurídicas** consecuencialistas, que si sólo se mira el traslado inicial y la libertad informada del afiliado sin tener en cuenta el nuevo acto jurídico que reconoce la pensión solicitada de manera libre y voluntaria y sin señalar ninguna inconformidad antes de adquirirla como lo es para el caso en concreto, **sería como mantener una obligación irredimible y eterna**, entendida como el poder de no permitir la extinción de las obligaciones, a través de medios válidos, como un acto jurídico nuevo, por ello estos actos no pueden, ni deben depender de la voluntad exclusiva del acreedor o del deudor, quienes, como en este caso, varios años después del reconocimiento de la pensión, podrían alegar que el

acto de afiliación o traslado inicial del sistema pensional, es ineficaz y que debe entonces trasladarse al otro régimen, es decir, la ineficacia traspasaría el nuevo acto o negocio jurídico y otros contratos colindantes, como retrotraer contratos jurídicos con terceros de buena fe, lo que implica eventuales demandas de las AFP y aseguradoras para deshacer la pensión de invalidez y sobrevivientes que fueron entregadas a un usuario, bajo un acto ineficaz, al igual que las demandas de reconvención para que se devuelva lo pagado y ya gastado por los pensionados.

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

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

Partiendo de lo anterior, se CONFIRMARÁ la decisión emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, por las razones expuestas en esta sentencia.

Sin costas en esta instancia por conocerse en consulta.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por conocerse en consulta.

TERCERO: Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARÍA SALA LABORAL
EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE	: MARIA CONSUELO ARCILA GUTIERREZ
DEMANDADO :	: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-020-2019-00569-01
RADICADO INTERNO	: 177-22
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

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/126> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 23 de agosto de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 23 de agosto de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO