



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

|                     |   |
|---------------------|---|
| Proceso:            | Ordinario Laboral   |
| Radicación:         | 05001-31-05-005-2018-00310-01   |
| Demandante:         | Dora Elena Flórez   |
| Demandado:          | Colpensiones y Protección S.A   |
| Litisconsorte:      | Ministerio de Hacienda y Crédito Público- Oficina de Bonos Pensionales            |
| Asunto:             | Apelación y Consulta  |
| Procedencia:        | Juzgado Quinto Laboral del Circuito   |
| Magistrada ponente: | Sandra María Rojas Manrique   |
| Temas:              | INEFICACIA AFILIACIÓN PENSIONADO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD |

**Medellín, julio trece (13) de dos mil veinte (2020)**

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, CARLOS JORGE RUÍZ BOTERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como Magistrada Sustanciadora, procede, de conformidad con el artículo 15 del decreto legislativo 806 de 2020, a decidir los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante, de Protección S.A. y de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito

de Medellín, el 19 de febrero del 2020, en el proceso ordinario laboral instaurado por la señora DORA ELENA FLÓREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, proceso al cual fue vinculado como LITISCONSORTE NECESARIO POR PASIVA, la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-OFICINA DE BONOS PENSIONALES, Radicado 05001-31-05-005-2018-00310-01.

## **1.- ANTECEDENTES**

### **1.1.- DEMANDA**

La señora DORA ELENA FLÓREZ, instauró demanda ordinaria laboral, en contra de COLPENSIONES y de PROTECCIÓN S.A, pretendiendo se declare que el traslado de la misma a la AFP, está viciado de nulidad o ineficacia, por vicios del consentimiento, engaño y error, así como por haber incurrido en violación al deber objetivo de información, en detrimento de los intereses de la actora, declarando que la misma, siempre perteneció al Régimen de Prima Media; que se condene a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones a la accionante, con los aportes y rendimientos, ordenando a Colpensiones a recibir a la accionante, reconociendo el reajuste pensional, según el Decreto 758 de 1990, sobre el 90% del IBL, a partir del 13 de enero del 2007, por ser beneficiaria del régimen de transición, con la indexación.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que la actora nació el 13 de enero de 1952, cumpliendo los 55 años en el 2007, que en el año de 1998, se acercó a su lugar de trabajo un asesor de Protección S.A., el cual le manifestó, insistentemente, que se trasladara a dicho fondo, por ser mejor que el ISS, aunado a que éste se iba a acabar, faltando el asesor a su

deber legal de brindarle una información correcta, ya que no le explicó que era el régimen de transición, ni las consecuencias del traslado.

Afirma que si la accionante se hubiere quedado en Colpensiones, se hubiera podido pensionar, según el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición y por tener más de 750 semanas al 1° de abril de 1994, cuenta que Protección S.A. le ofreció a la demandante, el 6 de mayo del 2005, la posibilidad de pensionarse de forma anticipada, con una mesada, a partir de mayo del 2005, de \$793.390, que, si la demandante hubiere permanecido en el régimen de prima media, hubiere obtenido para el 2007, una mesada de \$1.405.332, sobre un IBL de \$1.561.481, con una tasa de reemplazo del 90%, recibiendo \$536.195 más de lo que percibe en Protección S.A.

## **1.2.- CONTESTACIÓN**

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada, oportunamente COLPENSIONES dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante, así como el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin constarle las condiciones en las que hizo el traslado, ni los demás hechos de la demanda, por ser ajenos a su representada.

A su vez, propuso las excepciones de imposibilidad de traslado de régimen; improcedencia de la declaratoria de ineficacia o invalidez del traslado; imposibilidad de reconocer pensión de vejez; prescripción; equivalencia del ahorro e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, al responder la demanda, indicó que su representada, se ha caracterizado por proporcionar toda la información necesaria, así como brindar la suficiente ilustración al momento de realizar la asesoría a sus posibles afiliados, dándoles a conocer las ventajas y desventajas

de cada uno de los regímenes, las cuales le serían aplicables, en caso, en caso de vincularse a cualquiera de las administradoras. Agrega que no es cierto que la AFP hubiere ofrecido a la actora, la posibilidad de pensionarse en forma anticipada, ya que, de acuerdo con la comunicación del 6 de mayo del 2005, se concedió la prestación, pero debido a la petición presentada por la misma.

En su defensa formuló las excepciones de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; inexistencia de obligación alguna frente a la entidad; no inversión de la carga de la prueba; no existió ningún vicio en el consentimiento al firmar su afiliación; la parte demandante incumplió su deber de información, la AFP Protección S.A. no es poseedora de los dineros que se encuentran en las cuentas de ahorro individual que administra; inexistencia de obligación legal de realizar cálculos comparativos y de guardar dichos documentos; saneamiento de la nulidad relativa o rescisión de la acción alegada por la parte actora aduciendo que fue inducida a un error; el error de derecho no vicia el consentimiento; buena fe de la entidad y mala fe de la demandante; imposibilidad del traslado de régimen de la parte demandante por ser beneficiaria de una pensión del régimen de ahorro individual; el traslado de régimen solo está consagrado legal y jurisprudencialmente para los afiliados; no es posible aplicar las sentencias SU 062 y SU 130 del 2013, prescripción; pago; compensación; buena fe y la genérica.

Finalmente, la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, dio respuesta a la demanda, indicando que no le consta ninguno de los hechos de la demanda. Y como excepciones presentó las de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público; obligación legal de reintegrar los valores reconocidos por concepto de bono pensional tipo A ante la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; buena fe; prescripción y la genérica.

### **1.3. DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

PROTECCIÓN S.A, presentó demanda de reconvención en contra de la demandante, solicitando se declare que la misma, es deudora de la AFP, por las mesadas que ha venido percibiendo desde el 19 de mayo del 2005, hasta la fecha de ejecutoria de la Sentencia, por lo que solicita se ordene a la actora, el reintegro o cancelación de las mesadas pagadas, con los intereses moratorios y la indexación.

### **1.4.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

Mediante sentencia proferida el 19 de febrero del 2020, el Juzgado de conocimiento declaró ineficaz el traslado de la demandante, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, por falta de consentimiento informado, lo que conllevó un error en el consentimiento de la actora, al momento de afiliarse al régimen administrado por Protección S.A.; declaró que la afiliación al régimen de prima media de la accionante, no tuvo solución de continuidad en el tiempo en que estuvo activamente vinculada al Sistema General de Pensiones con Colpensiones; condenó a Protección a que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria, si así fuera, de esta decisión, traslade a Colpensiones el 100% de los aportes efectuados por la demandante, incluidos los frutos y rendimientos financieros y cualquier otro valor que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la accionante, para el mes de mayo del 2007, es decir, antes de iniciar la fase de desacumulación, incluidas las sumas descontadas por concepto de cuotas de administración, sin que tengan que realizar devolución sobre las sumas pagadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y por el valor de pólizas previsionales, en aplicación del respeto de las situaciones consolidadas; de igual manera Protección, en el mismo término, debe devolver, como efecto de la ineficacia decretada al Ministerio de Hacienda Oficina de Bonos Pensionales, todas las sumas que recibió por concepto de bono pensional, con relación a la actora, incluido el cupón reconocido por parte de Colpensiones, es decir, a cada una de las entidades

pagadoras del bono o cupón, de manera indexada, sin realizar descuento sobre las mismas a título de mesadas pensionales o de cualquier otro valor, Protección deberá asumir con cargo a su propio patrimonio, todos los dineros pagados a la accionante a título de mesada pensional causada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; exaltó a Protección y a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Oficina de Bonos Pensionales, que realicen todas las acciones para que se perfeccionen los trámites administrativos que llevan a que se devuelva el bono pensional y la cuota parte de dicho bono que fuere reconocido por Colpensiones, como consecuencia de la ineficacia decretada; ordenó a Colpensiones, Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Oficina de Bonos Pensionales, recibir las sumas que le devuelva Protección, como resultado de la ineficacia decretada y a Colpensiones a tener en cuenta el tiempo cotizado por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como semanas cotizadas en el régimen de prima media y reflejarlas en su historia laboral; condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la accionante la pensión de vejez, con fecha de causación y disfrute, del 13 de enero del 2007, en cuantía mensual de \$1.402.265, por 13 mesadas; condenó a Colpensiones a continuar realizando el pago de la pensión de vejez a Dora Elena Flórez, una vez quede ejecutoriada la decisión, teniendo en cuenta como mesada pensional, para marzo del 2020, la suma de \$2.373.415, sobre la cual proceden los descuentos en salud; condenó a Colpensiones a reconocer en favor de la actora, la suma de \$58.401.201 por concepto de retroactivo pensional por el mayor valor liquidado entre el 14 de julio del 2014 y el 29 de febrero del 2020, suma que deberá cancelarse debidamente indexada al momento de realizar el pago la entidad y a la cual se le realizarán los descuentos para salud; declaró la improcedencia de las excepciones propuestas por las demandadas; negó las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención formuladas por Protección y que dirigió en contra de la señora Dora Elena Flórez; condenó en costas a Protección.

### **1.5.- RECURSO DE APELACIÓN**

### **Demandante**

El apoderado de la actora, interpone el recurso de apelación frente a la Sentencia, en cuanto al retroactivo por reajuste pensional, en razón a que el Despacho fija una suma de \$58.401.201, evidenciando una diferencia y es que cuando se pone en conocimiento, la liquidación, las mesadas que tiene en cuenta, como reconocidas por Protección S.A., las tiene con un incremento del IPC, pero ello no es así, ya que dicha entidad no incrementó el IPC, por cuanto, de la certificación de mesadas pagadas por la AFP a su mandante, se desprende cuáles son las mesadas reconocidas y teniendo en cuenta la diferencia ya aludida, se tiene como por ejemplo, en el 2014, el Despacho tiene que se le reconoció a la demandante, una mesada de \$1.127.429 por parte de Protección, pero ello no es así, dicha entidad certifica que le reconoció una mesada de \$1.116.593, para el 2015 el Juzgado tiene una mesada de \$1.168.693 y Protección reconoció una mesada de \$1.157.460, para el 2016 esta dependencia judicial liquidó \$1.247.813 y Protección certificó \$1.235.820, para el 2017 se tuvo en cuenta una mesada de \$1.319.562 y se reconoció fue \$1.271.390 y así sucesivamente en el 2018, 2019 y 2020.

Por lo anterior, solicita se tenga en cuenta el verdadero reajuste pensional adeudado a la demandante, ya que, en el cálculo realizado por el Despacho, la mesada pensional supuestamente reconocida por Protección, no son las acordes con la prueba aportada al proceso y como consecuencia, esos valores variarían en atención a las verdaderas mesadas pagadas por la AFP y a la mesada correctamente reajustada por el Despacho.

### **Colpensiones**

La apoderada de la entidad interpone el recurso de apelación frente a la providencia que se acaba de proferir, afirmando que se debe tener en cuenta la Sentencia emitida por el Tribunal Superior de Medellín, en Sala plena en agosto del 2019, ya que si bien el Despacho, fundamentó porque se aparta de

la misma, manifestando que hay sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en casos de pensionados, que pueden hacer una doctrina, lo cierto es que el Tribunal Superior de Medellín, ha analizado no solo el caso de agosto pasado, sino que ha analizado posteriores situaciones de pensionados, no solamente en renta vitalicia, sino también en retiro programado y es cierto que dicha entidad si hace una diferenciación entre afiliado y pensionado, por lo que considera que por la calidad que tiene la demandante, ya no procedería el análisis de una indebida información, ya que se firmó un nuevo acto jurídico, al ya tener la calidad de pensionada.

Esta situación la analiza la sentencia de unificación del Tribunal y si bien se habla de renta vitalicia y se dice que afecta a un tercero, lo cierto es que dice que este nuevo estatus, supone en muchos casos la participación de terceros, es decir, dice en muchos casos, más no dice que sea siempre, en virtud de ello, esta Sentencia puede dar lugar a analizar situaciones de personas que se encuentran bajo la modalidad de retiro programado.

También solicita que en caso de que se confirme la decisión, de reconocer el régimen de transición y pagar, por parte de Colpensiones, un reajuste pensional, solicita que no se acceda a la pretensión de indexación, ya que entiende que puede haber una desvalorización del retroactivo, pero considera que se debe de fijar no solo desde la fecha de ejecutoria, sino desde la fecha en que Colpensiones cuente con los recursos suficientes para cubrir el retroactivo.

También en caso de que se confirme que Protección S.A. debe devolver todo lo que tiene en su cuenta de ahorro individual, solicita que como hay salas que también reconocen la devolución de las pólizas previsionales, solicita se ordene ello, conforme a la Sentencia SL1421 de la Corte Suprema de Justicia.

**Protección S.A.**



La apoderada de la AFP, de igual forma apela la decisión, ya que la accionante se encuentra afiliada al Régimen de Ahorro Individual, desde 1998, ratificando su voluntad de permanecer al mismo, cuando en el 2005, su representada le reconoció la pensión anticipada de vejez, por lo que no es posible que después de llevar más de 13 años pensionada, manifieste que existió nulidad, ineficacia o inexistencia de la afiliación, por un error en el consentimiento, evidenciándose la mala fe de la actora, al querer enriquecerse sin justa causa.

Asevera que, si existiera la supuesta nulidad o ineficacia, la parte actora no se hubiere presentado a recibir los dineros por parte de la AFP, así mismo, afirma que, con la suscripción del nuevo contrato, es decir, el de la pensión de vejez, hace que se tenga como válida la afiliación inicial, así como, al iniciar el disfrute de la pensión, no es válido alegar vicios en la información.

Reitera lo dicho por el Tribunal, el cual indica que sostener la tesis de ineficacia de la afiliación para pensionados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es un camino que puede conducir a situaciones insostenibles, por cuanto la consolidación de este estatus, implica en muchos casos, la participación de terceros de buena fe, además que, de permitirse el traslado de una administradora a otra, una vez pensionado, puede poner en riesgo el principio de sostenibilidad financiera, aumentando el riesgo de los costos de servicios administrativos y financieros y desestimar la obtención de mayores niveles de rentabilidad.

De confirmarse la Sentencia, solicita al Tribunal, que la actora reintegre las mesadas, pues la entidad, no puede asumir lo ya pagado, ya que de hacerse, se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa, pues lo lógico es que después de la declaratoria de la ineficacia, la consecuencia es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que los actos posteriores al acto declarado nulo, también son nulos, lo cual no ocurrió, pues el Juez ordenó la ineficacia, pero no la devolución de lo pagado, resultando incongruente la Sentencia.

Por último, solicita no se condene a la entidad, a devolver los gastos de administración, por cuanto dicho concepto, se descontó atendiendo a una disposición vigente, válida y legal, de igual forma solicita que su representada no sea condenada en costas.

### **1.5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro de la oportunidad procesal formularon alegatos de conclusión los señores apoderados de la parte demandante, Colpensiones y Protección S.A. La entidad Pública solicita revocar la sentencia de primera instancia declarando prosperas las excepciones presentadas por la entidad, por no ser procedente la ineficacia invocada. Igualmente, Protección S.A., solicita la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos que sustentan el recurso de apelación. Finalmente el mandatario judicial de la demandante deprecia la confirmación de la sentencia, por ser claro el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP, aduciendo que el precedente jurisprudencial del H. Tribunal Superior de Medellín, contenido en la sentencia con radicado 05001-31-05-007-2015-01295-01 del 14 de agosto 2019, no puede y no debe servir de fundamento en este caso, porque se trata de un problema jurídico distinto al haber sido pensionada la demandante bajo la modalidad de retiro programado y no haber un tercero de buena fe que deba asumir un perjuicio por las consecuencias derivadas de la declaratoria de ineficacia de traslado, agregando que el asunto estudiado por el Tribunal debe entenderse modificado con la expedición de la sentencia SL3464-2019.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA**

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes

quedaron conformes con lo resuelto de más; de conformidad con el art 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

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

## **2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA**

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

- Que la demandante nació el 13 de enero de 1952 (folio 11).
- Que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Protección, el 7 de abril de 1998, con fecha de efectividad el 1º de junio de 1998 (folios 17 y 94).
- Que la actora acredita un total de 1510.57 semanas cotizadas en toda su historia laboral, conforme a la historia laboral expedida por Protección el 25 de julio del 2018, obrante a folios 95 a 96.
- Que el 6 de mayo del 2005, Protección le envía una carta a la actora, en la cual le indican que han recibido su solicitud de pensión de vejez anticipada, fechada el 22 de marzo del 2005, accediéndose a lo solicitado, ya que de acuerdo a la autorización dada por la misma, el bono pensional fue negociado

el 15 de abril del 2005, por un valor de \$125.913.275, que en la cuenta de ahorro individual presenta un saldo de \$13.295.701, por aportes obligatorios a 2 de mayo del 2005, a dicha fecha el saldo asciende a \$141.032.234, incluido el valor pagado por bono pensional. El monto de la pensión se determinó en \$793.390 para el año 2005, con 14 mesadas al año, bajo la modalidad de retiro programado, el pago de la pensión se inicia a partir del mes de mayo del 2005, quedando pendiente el reconocimiento, expedición y pago del cupón pensional a cargo del ISS; a partir del momento en que el cupón sea expedido, podrá negociarse o esperar su redención normal, para completar el capital que financie la pensión –ver folios 20 a 21-.

### **2.3. PROBLEMAS JURIDICOS**

Debe la Sala determinar:

¿Si debe revocarse la sentencia objeto de apelación y consulta proferida en el presente proceso por el señor Juez Quinto Laboral del Circuito de Medellín, para en su lugar absolver a las accionadas de las pretensiones incoadas en la demanda?

¿Si la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante por parte de Protección S.A., y el disfrute de la misma, constituye un nuevo acto jurídico que impide que se declare la ineficacia de la afiliación de la actora al Régimen de Prima Media con Prestación Definida?

¿Si es aplicable el precedente de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín contenido en la sentencia Radicación 05001-31-05-007-2015-01295-01 del 14 de agosto 2019?

¿Si en caso de confirmarse la sentencia debe ordenarse a la demandante el reintegro de las mesadas pensionales pagadas por la AFP, así como ordenar a ésta el traslado de los todos los conceptos que afectaron la cotización obligatoria?

## **2.4. TESIS**

Problemas jurídicos que se resuelven bajo la tesis según la cual, la accionante al solicitar la pensión de vejez a Protección S.A., el 22 de marzo de 2005 y disfrutar de la misma en forma anticipada desde el 01 de mayo de 2005, genera un nuevo acto jurídico, a partir del cual expresa su voluntad de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo tanto no hay lugar a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, tal como lo establece la sentencia de unificación proferida por la Sala Especializada Laboral de esta Corporación, motivo por el cual la sentencia debe ser REVOCADA.

## **2.5.- PREMISAS NORMATIVAS**

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

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

(...)

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

*(...)*

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

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

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

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

*(...)*

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

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

*La pregunta que lógicamente ha de plantearse este Tribunal es si la prohibición de movilidad para pensionados que el legislador estableció y la Corte Constitucional probijó, en el caso citado para trasegar dentro del régimen de ahorro individual, no tendrá aún mayor entidad para los asuntos como en el de la ineficacia, donde la orden que finalmente contienen nuestras sentencias es la de inscribir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Esto es, mutar su régimen pensional.*

*La prohibición de traslado para quienes les faltaren menos de diez años para pensionarse, introducida en la ley 100 por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003,*

*también fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, con consideraciones que si bien se referían a una norma posterior, reafirman la pertinencia de esas limitaciones a la movilidad entre regímenes. Como en el caso de la C-841 de 2003, la norma aquí demandada también superó el test de proporcionalidad y abundaron en ella motivaciones claramente consecuencialistas. Este párrafo abunda en estas últimas:*

(...)

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

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

*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:*

*...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, 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. Las palabras de la Corte Constitucional, en la mentada sentencia C-841 de 2003, acuden con autoridad para esclarecer ese reductio ad absurdum:*

(...)

*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 cuando la justicia laboral disponga la anulación de esa transacción...”*

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

## **2.6. CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso concreto, está acreditado que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media Con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Protección, el 7 de abril de 1998, y el 22 de marzo de 2005, en el ejercicio de una de las prerrogativas de ese régimen solicita la pensión anticipada de vejez, la cual le fue reconocida a partir del 01 de mayo de 2005

Ahora bien, para este Juez plural, esa circunstancia, deja sin sustento la tesis de la demanda, pues hay actos inequívocos que indican la voluntad de la actora de pertenencia a este régimen, como lo son la solicitud y aceptación pensión anticipada, la selección de la modalidad de ahorro programado y la autorización para la negociación anticipada de su bono pensional; conformidad que se ha mantenido durante más de 13 años de disfrute efectivo de la prestación.

En este contexto, no puede la promotora de la acción beneficiarse de ambos regímenes, de un lado, se acoge a la prerrogativa de la pensión anticipada y de otro, retorna al Régimen de Prima Media con prestación definida para obtener de éste, la pensión retroactiva de vejez en aplicación del régimen de transición. Los actos de la demandante vinculan igualmente a terceros, aunque la modalidad elegida sea la de retiro programado, como lo es la Nación Oficina



de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, que emite de buena fe el respectivo cupón pensional, sin que nada se pretenda o debata en este litigio en relación con la validez de los actos de la demandante dirigidos a obtener la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, pues resulta contrario a derecho, presumir que todos los actos de los afiliados en el referido Régimen son ineficaces.

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

Por lo anterior, no resulta procedente la ineficacia declarada y, en consecuencia, debe REVOCARSE la Sentencia de Primera instancia. Costas en ambas instancias a cargo de la demandante.

### **3. DECISION**

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

### **FALLA**

1.- Se **REVOCA** la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Quinto Laboral de Circuito de Medellín, el 19 de febrero de 2020, en el proceso ordinario instaurado por la señora DORA ELENA FLÓREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, proceso al cual fue vinculado como LITISCONSORTE NECESARIO POR PASIVA, la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-OFICINA DE BONOS PENSIONALES, para en su lugar ABSOLVER a las demandadas, de todas las pretensiones instauradas en su contra por la demandante.

2.- Costas en ambas instancias a cargo de la demandante, Inclúyase como agencias en derecho en la alzada la suma de 877.803 pesos, en proporción a un 50% del citado valor para cada una de las demandadas.


3.- Se ordena la devolución del expediente al Juzgado de origen

El fallo anterior queda notificado a las partes por ESTADOS, de conformidad con el artículo 295 del código General del Proceso.

Los Magistrados,



SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE



CARLOS JORGE RUIZ BOTERO



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

La presente sentencia fue notificada por estado No. 090  
fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de  
Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 14 de julio  
de 2020.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario