



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-005-2020-00045-01
Demandante:	María Patricia Jaramillo Gutiérrez
Demandado:	Colpensiones y Porvenir S.A
Litisconsorte necesario por pasiva:	Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Asunto:	Apelación sentencia
Procedencia:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación pensionada del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

Medellín, enero veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS JORGE RUIZ BOTERO, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, el 21 de Octubre del 2020, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora MARÍA PATRICIA JARAMILLO GUTIÉRREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la SOCIEDAD

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., proceso al cual fue vinculado como LITISCONSORTE NECESARIO POR PASIVA, la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Radicado 05001-31-05-005-2020-00045-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora MARÍA PATRICIA JARAMILLO GUTIÉRREZ, instauró demanda ordinaria laboral, en contra de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., pretendiendo se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado a Porvenir, dejando la misma sin efecto, por carecer de validez, al existir vicio en el consentimiento y afectar los mínimos derechos y garantías de la demandante; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación de la actora a Colpensiones; se declare que la accionante nunca obtuvo asesoría en aras de que analizara y ponderara los potenciales riesgos y beneficios en cada uno de los regímenes; se declare que la actora es beneficiaria del régimen de transición y tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, con una tasa del 90%, con el IBL de toda la vida laboral de \$2.986.576, teniendo derecho a una mesada por valor de \$2.687.918 para el 1° de julio del 2017, fecha en la cual acreditaba el requisito de edad y efectuó la última cotización, con los intereses moratorios o la indexación; se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes que la accionante efectuó al Régimen de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuotas de administración; se condene a Colpensiones a reactivar la afiliación de la actora al Régimen de Prima Media y recibir los aportes.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que la demandante nació el 3 de junio de 1958, contando con más de 35 años para el 1° de abril de 1994, teniendo 750 semanas para el 25 de julio del 2005,

siendo beneficiaria del régimen de transición, trasladándose a Porvenir S.A. el 27 de abril del 2001.

Asevera que, por comunicado del 26 de septiembre del 2018, Porvenir S.A., le reconoce la pensión de vejez a la demandante, bajo la modalidad de garantía de pensión mínima, explicando que, para el momento de la vinculación, la AFP no le suministró información adicional, referente con la edad mínima pensional requerida o el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es cierto lo relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante, así como la afiliación de la misma al extinto ISS, sin constarle los demás hechos de la demanda, por ser ajenos a su representada, agregando que la hoy reclamante no es beneficiaria del régimen de transición, por el traslado que la misma efectuó al fondo privado.

A su vez, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de traslado de régimen por no existir vicio o nulidad alguna en la afiliación; imposibilidad de pagar pensión de vejez con régimen de transición; inexistencia en el pago del retroactivo pensional; inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios; improcedencia de la indexación; devolución de aportes debidamente indexados; devolución de cuotas de administración; compensación; prescripción; buena fe; imposibilidad de condena en costas; la genérica.

Por su parte **PORVENIR S.A.**, aseveró que la afiliación de la demandante a su representada, se realizó de forma informada, libre y voluntaria, la cual se hizo efectiva el 1º de junio del 2001, realizándose una continua asesoría, acerca de

las condiciones del régimen, acorde a la normatividad vigente, manteniendo informados a los afiliados, acerca de las distintas alternativas de ahorro.

Y como excepciones presentó las de falta de integración del litisconsorcio necesario; prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; buena fe.

1.3. DEMANDA DE RECONVENCIÓN

PORVENIR S.A, presentó demanda de reconvención en contra de la demandante, teniendo en cuenta que se encuentra pensionada por el RAIS, solicitando se ordene a la misma, devolver todas las sumas de dinero que hubiere recibido, por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez, desde su reconocimiento, hasta la fecha de cesación de pago de la pensión, que llegare a ordenar su representada.

1.4.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 21 de Octubre del 2020, el Juzgado de conocimiento declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, propuesta por Colpensiones y por la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respecto de las pretensiones de la demanda principal; absolvió a Porvenir S.A., Colpensiones y la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Públicos, de las pretensiones formuladas por la actora; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, respecto de las pretensiones de la demanda de reconvención; absolvió a la accionante de las pretensiones formuladas en reconvención por Porvenir S.A. y que resultaron ser consecuenciales de las pretensiones principales; condenó en costas a la actora.

1.5.- RECURSO DE APELACIÓN

Demandante

La apoderada de la actora interpone el recurso de apelación, indicando que la selección del régimen de pensiones es libre y voluntaria por parte de los afiliados y cuando se atenta contra ello, la consecuencia es que ese acto no nace a la vida jurídica ni produce efectos, por lo que solicita se revoque la Sentencia, teniendo en cuenta para ello, adicionalmente, que el artículo 177 del CGP, establece que el principio de la carga de la prueba, frente a las afirmaciones negativas indefinidas, se invierte, quedando demostrado que no quedó acreditado por parte de Porvenir, que se le hubiere brindado una debida información, siendo claro que la información que se le dio a la actora al momento del traslado, fue incompleta y esa es una de las subreglas que establece la Corte Suprema de Justicia, en procesos como este, ya que esa información tampoco se la suministró Porvenir, cuando la accionante fue a reclamar la pensión y le dijeron que la misma sería sobre el salario mínimo, y nunca le explicaron por qué la pensión sería por ese valor, sabiendo que ella nunca había cotizado sobre el mínimo.

Asevera que la ineficacia no se saneó, porque la actora celebró otro acto que era el del reconocimiento de la pensión, con ello no se convalida la ineficacia, debiendo tener presente las Sentencias SL 2324 del 2019 y 3464 del 2019, en donde se reitera lo dicho en las Sentencias SL 1688 y 1689, cuando la Corte establece que el acto que es ineficaz, no nace a la vida jurídica por no haberse cumplido con aquel deber de información, ni se convalida porque se traslade dentro del mismo régimen, ni porque se hubiera dado una reasesoría, ni mucho menos porque se reconozca la pensión.

Agrega que se está confundiendo la ineficacia del traslado, con la ineficacia del acto jurídico, explicando que no se está pidiendo que se declare ineficaz el acto que la demandante celebró, al momento de pedir la pensión, ya que lo que se pide es la ineficacia del acto de traslado de fondo, siendo claro que el reconocimiento de la pensión, no se debió de haber dado por la AFP, sino por el Régimen de Prima Media.

1.6.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de la demandante, de Colpensiones y de Porvenir S.A. La apoderada de Colpensiones solicita se confirme la decisión de primera instancia, aplicando para ello la Sentencia de unificación proferida por el H. Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, teniendo en cuenta que la accionante es pensionada, agregando que, en caso de revocarse la providencia, se ordene al fondo privado la devolución de los aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en virtud de la afiliación.

Por su parte la apoderada de la actora solicita se revoque la Sentencia, por cuanto la AFP no le brindó a la demandante una asesoría clara, completa y eficiente, que le permitiera tomar una decisión consciente sobre las implicaciones de su decisión, atendiendo al criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entidad que en modo alguno ha restringido la posibilidad de traslado para los pensionados.

Finalmente, la apoderada de Porvenir S.A., solicitó se confirmara lo decidido por cuanto la demandante recibió una asesoría completa por parte de su representada, citando como sustento de ello la sentencia de unificación proferida por el H. Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral.

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 los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 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.

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 3 de junio de 1958, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 9 del plenario.

- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Porvenir S.A., el 27 de abril del 2001, con fecha de efectividad el 1° de junio del 2001, de conformidad con el formulario obrante a folio 11, así como de la información extraída del formulario del SIAFP obrante a folio 90 del plenario.

- Que la accionante acredita un total de 1357 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral de Porvenir S.A., generada el 1° de diciembre del 2017, obrante a folios 17 a 23 del expediente.

- Que por medio de carta fechada el 26 de septiembre del 2018, Porvenir S.A. le indica a la actora, que su solicitud de pensión de vejez ha sido aprobada teniendo en cuenta el reconocimiento de la garantía de pensión de mínima por parte de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, habiendo cotizado 1357 semanas, prestación que reconoce en cuantía de \$781.242, reconociendo un pago único por valor de \$10.667.963, que corresponde a las mesadas reconocidas desde el 8 de julio del 2017, mes de cumplimiento de los requisitos, hasta septiembre del 2018 –ver folios 27 a 29-.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala si:

¿Si la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante, por parte de Porvenir 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 Ahorro Individual con Solidaridad?

¿Si es aplicable el precedente de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, contenido en la sentencia Radicación 05001-31-05-007-2015-0129-01 del 14 de agosto 2019?

2.4.- TESIS

Problemas jurídicos que se resuelven bajo la tesis según la cual, la accionante al solicitar la pensión de vejez a Porvenir S.A., el 6 de septiembre del 2017 y disfrutar de la misma, desde el 8 de julio del 2017, 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 CONFIRMADA.

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 prohibió, 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 Porvenir S.A., el 1º de junio del 2001, en el ejercicio de una de las prerrogativas de ese régimen solicita la pensión de vejez, la cual le fue reconocida a partir del 8 de julio del 2017.

Ahora bien, para este Juez plural, esa circunstancia, deja sin sustento la tesis de ineficacia planteada en la demanda, pues hay actos inequívocos que indican la voluntad de la actora de pertenencia a este régimen, como lo son la solicitud y la aceptación de la pensión de garantía mínima, conformidad que se ha mantenido durante más de 3 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 pensión de garantía mínima 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, 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 pretendida y, en consecuencia, debe CONFIRMARSE la Sentencia de Primera instancia.

Costas en esta instancia 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 **CONFIRMA** la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Quinto Laboral de Circuito de Medellín, el 21 de octubre de 2020, en el proceso ordinario instaurado por la señora MARÍA PATRICIA JARAMILLO GUTIÉRREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., proceso al cual fue vinculado como LITISCONSORTE NECESARIO POR PASIVA, la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

2.- Costas en esta instancia a cargo de la demandante, inclúyase como agencias en derecho en la alzada la suma de \$908.526, 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 notificados 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.**015** fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 1 de febrero de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario