

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Cumplido el traslado de que trata el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se procede a dictar la sentencia que corresponde en este proceso ordinario de doble instancia instaurado por MARTA SONIA QUINTERO USME contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-. Por auto dictado en el transcurso del proceso, se vinculó a la NACION -MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, OFICINA DE BONOS PENSIONALES (Rad. No. 05001-31-05-017-2019-00523-001).

Se RECONOCE PERSONERIA para actuar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, al abogado DARIO MAURICIO TOBÓN CHAMORRO, con tarjeta profesional No. 271.442 del C.S. de la J., conforme a la sustitución obrante al interior de las diligencias.

ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media, administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, al RAIS,

administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS; como consecuencia de lo anterior, que se ordene su retorno al RPMPD; y que se condene a la AFP referida a trasladar a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y bono pensional, si hay lugar a ello. Además, solicita que se condene en costas a las demandadas (fl. 3).

Como sustento de sus pretensiones manifiesta sucintamente lo siguiente: nació el 26 de noviembre de 1961; comenzó a cotizar al ISS, hoy Colpensiones, el 17 de diciembre de 1981, y lo hizo hasta el 30 de abril de 1995; se trasladó al régimen de ahorro individual (RAIS), AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, en 1995; estima que este traslado no fue libre y voluntario, en tanto no recibió una adecuada información por parte de quienes promovieron tal acto; y por último, anota que solicitó a Colpensiones su traslado a tal entidad, pero esta petición aún no ha tenido respuesta (fl. 2).

Colpensiones dio respuesta oportuna a la demanda, en la cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la misma, bajo el argumento de que carecen de fundamentación fáctica y legal. Se pronunció frente a los hechos manifestando que unos eran ciertos, en especial los que tienen soporte documental; de los demás expresó que no le constaban. Como excepciones de mérito propuso las que denominó: inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad de condena en costas y buena fe (fls. 48 y ss.).

Así mismo, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías dio respuesta oportuna al libelo, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en el mismo, bajo el argumento que fue un acto jurídico que cumplió con el lleno de requisitos legales vigentes para la época. Hizo énfasis en que la demandante es actualmente pensionada del RAIS, en la modalidad de retiro programado. Frente a los hechos manifestó que unos eran ciertos, otros no lo eran y los demás no le constaban. Como excepciones de mérito propuso las que denominó: inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad

atribuible a Colfondos, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y ausencia de vicios del consentimiento, entre otras (fls. 81 y ss.).

En oportunidad Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías presentó demanda de reconvención, y para el evento en que prosperare la nulidad o ineficacia solicitada. Como pretensión esencial solicitó que se condenara a la demandante a reintegrar lo recibido por mesadas pensionales, todas debidamente indexadas (fls. 94 y ss.).

Por auto del 12 de marzo de 2020 se admitió esta demanda, y se vinculó al proceso a la NACION -MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, OFICINA DE BONOS PENSIONALES-.

El mencionado Ministerio dio contestación oportuna a la demanda presentada por la señora Quintero Usme, oponiéndose a la prosperidad de todo lo solicitado. Frente a los hechos dijo que ninguno le constaba, y como excepciones propuso las que denominó buena fe y prescripción, entre otras (fls. 254 y ss.).

La demandante presentó contestación a la demanda de reconvención, para manifestar que se oponía a lo pedido por la AFP Colfondos S.A., en tanto considera que el hecho de recibir una mesada pensional, no es óbice para que se declare la nulidad o ineficacia de un traslado. Como excepciones de mérito propuso las de deterioro de la cosa entregada en administración, buena fe y prescripción, entre otras (fls. 299 y ss.).

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín en sentencia del 2 de septiembre de 2020 ABSOLVIÓ a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a COLPENSIONES, de todas las pretensiones enunciadas en la demanda instaurada en su contra por la señora MARTA SONIA QUINTERO

USME; así mismo, a la NACION- MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO de toda responsabilidad en esta causa. No hizo condena en costas (audiencia de juzgamiento, tiempo 34:29 y ss.).

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido. Solicita que se revoque la decisión de primer grado y, en su lugar, se acceda a todo lo pedido. Insiste que en el momento del traslado del ISS al RAIS no recibió una adecuada información; que en el interrogatorio de parte que absolvió su poderdante, no obra confesión alguna que la perjudique; y que el recibir una pensión de vejez por parte del RAIS no convalida el traslado del cual solicita la nulidad. En apoyo refiere algunas decisiones de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (audiencia de juzgamiento, tiempo 49:52 y ss.).

En el término pertinente, las partes presentaron sus alegaciones de segunda instancia, con argumentos semejantes a los expuestos en las etapas procesales transcurridas en primer grado.

CONSIDERACIONES

Fuera de toda discusión, por existir plena prueba de ello, está que la demandante nació el 26 de noviembre de 1961 (fl. 7); que estando afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 17 de diciembre de 1981 (fl. 8), se trasladó al RAIS, concretamente a Colfondos S.A. el 24 de abril de 1995 (fl. 26); y que dicha AFP le reconoció y pagó la pensión anticipada de vejez, bajo la modalidad de retiro programado, a partir del mes de febrero de 2019 (fls. 207 y ss.). Tampoco se discute la emisión del bono pensional (fls. 286 y ss.).

Lo primero por decir es que esta Corporación, en un proceso con similares presupuestos al aquí debatido, donde el asunto principal a resolver era la

ineficacia del traslado del RPM al RAIS de una persona que se encontraba pensionada por vejez en el régimen de ahorro Individual, a la luz de lo normado en los incisos finales del artículo 35 del C.G.P. y 10º del Acuerdo PCSJA17-10715 del Consejo Superior de la Judicatura, profirió **sentencia de unificación** el 14 de agosto de 2019, en la que, en lo pertinente para solucionar el problema jurídico, dijo lo siguiente:

“Al incoar esta acción, el demandante solicitó la declaratoria de INEFICACIA de su traslado al régimen de ahorro individual, aduciendo, en síntesis, que al momento de la afiliación no le suministraron la información que juiciosamente reseña en los numerales décimo cuarto a décimo octavo del acápite de los hechos, relativa a las reales características de ambos regímenes para acceder a la pensión y las implicaciones o alcances de tal cambio, entre otros, en la mesada que percibiría.

Refiere que es un pensionado de COLFONDOS desde el 5 de mayo de 2009, con una mesada inicial de \$ 1.213.859 y expone cómo sería su pensión en el régimen de prima media, detallando los ingresos base de cotización y las tasas a aplicar, concluyendo la clara superioridad de lo que podría percibir de COLPENSIONES.

Es importante referenciar el contexto de la situación del reclamante, dado que la Corte Suprema de Justicia forjó una tesis en torno al tema del traslado, ocupando su atención en múltiples ocasiones, donde en sentencias como la de radicación 31.989, 33.083 y 31.314, ha señalado que es atribuible a la entidad privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde de esos requerimientos, la consecuencia de considerar que ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” se estaría frente a la ineficacia de esos traslados.

También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En sentencia con radicado 68.838 de 2019 lo explícita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada -cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros”.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la a quo consideró que al no haber asistido injustificadamente el demandante a la audiencia de conciliación y a la diligencia en que debería absolver el interrogatorio de parte, operó la confesión ficta respecto a aquellos hechos susceptibles de ser confesados y que fueron esgrimidos en la contestación de COLFONDOS y de SEGUROS BOLÍVAR. Concretamente derivó esa consecuencia procesal respecto a la respuesta al hecho octavo, en el cual el demandante refiere que se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, donde ambas entidades hicieron hincapié en el carácter libre y voluntario de esa decisión; también lo declaró confeso en los mismos términos respecto a haberse pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia, por la cual también optó libremente.

La juez encuentra que debe prevalecer la consecuencia procesal de ser declarado confeso el actor frente a la inversión de la carga de la prueba que pregonan la Corte en estos casos. Frente a lo cual esta magistratura discrepa, pues tal como lo señala el abogado apelante, esas dos circunstancias fácticas no pueden aislarse de todo el relato que se refiere en los más de treinta numerales que comprende ese acápite de la demanda, donde se refieren los detalles de cómo operó la “asesoría” para el cambio de régimen, pormenorizando las falencias en que la misma se dio.

Ese relato puntual construye las circunstancias en que operó ese traslado, por lo que sigue incólume la inversión de la carga de la prueba que la Corte ha construido. Y persiste para COLFONDOS el gravamen procesal de dar al traste con ella demostrando que se dio una cabal asesoría al afiliado al momento de tomar tan trascendental decisión.

Encuentra la juez un argumento adicional para negar las súplicas de la demanda cuando se refiere a ese tercero convocado al proceso, SEGUROS BOLÍVAR S.A., que tras recibir la suma que el demandante tenía en su cuenta de ahorro individual y suscribir el contrato respectivo de renta vitalicia con él, viene pagando la pensión.

Concluye que no se corresponde con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia y que la presencia de ese tercero supuso también la celebración de un nuevo acto jurídico, precisamente el contrato de renta vitalicia, del que la demanda nada dijo, pues allí simplemente se afirmó que COLFONDOS S.A. reconoció la pensión. Enfatiza la irrevocabilidad de esta clase de pensiones, asunto que la corte constitucional encontró ajustado a derecho en la sentencia C-841 de 2003.

Arguye finalmente que este nuevo acto valida el inicial de afiliación al RAIS.

El apoderado del actor, al apelar, corrobora que las afirmaciones contenidas en la demanda no fueron desvirtuadas por el fondo accionado y que en cumplimiento de la línea establecida por la Corte, debían atenderse favorablemente las pretensiones, lo que no puede considerarse saneado por haberse pensionado, sobre todo si se tiene en cuenta que al cumplir los requisitos, tampoco se les da otra opción que firmar en señal de aceptación para que se les reconozca la pensión.

Considera esta Sala que el corpus argumentativo que ha construido la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó determinadamente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

*Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado**. (Sentencia con radicado 46.292 de 2014)*

Al desecharse la vía de la nulidad, ya no se hizo preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad relativa, ni tampoco resultó posible con que la reaesoría que los Fondos privados brindaban en muchas ocasiones se pudiera convalidar ese traslado original.

El panorama se amplió claramente frente a los asuntos planteados desde la perspectiva de la ineficacia, que al comienzo tuvo su principal apoyo en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho; y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

Valga decir que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia, como si lo ha hecho la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes.

Por las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al RAIS, resulta claro que ha optado por la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

*Punto en que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).*

Se está pues en presencia de un escenario donde las pretensiones se deslizan por una suerte de tobogán jurídico. Se exige una índole de consentimiento tan específico por parte del afiliado, que una mínima variación en el proceso de asesoría comporta la declaración de que hubo ausencia total de consentimiento y, por lo mismo, ineficacia por inexistencia del acto jurídico. Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta al actor afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. Y ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna reasesoría puede sanear lo que feneció al nacer.

Un párrafo de la pluricitada sentencia 68.838 de 2019 es elocuente:

“De hecho, la regla jurisprudencial identificable en 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 SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y SL 1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado”.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las AFP se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados. Este último fallo lo reafirma:

“Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

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.

El proceso que nos convoca es precisamente el de un pensionado y ante la realidad irrefutable de que los casos de ineficacia avasallan los despachos judiciales, proyectándose en el entorno social y económico del país, resulta menester para la judicatura recordar que los jueces no operamos en laboratorios cerrados al mundo, buscando la perfección del silogismo normativo, sino que, por el contrario, modificamos con cada providencia una realidad. Estamos en un escenario como el descrito por Neil MacCormick, parafraseado por Mario Ruiz Sanz:

“En este sentido, si un juez dispone de dos o más razones consistentes y coherentes dentro de un sistema normativo, desde el punto de vista justificatorio todas ellas son igualmente correctas. Así, pues, para optar racionalmente en un caso controvertido, el juez debe recurrir en última instancia a argumentos consecuencialistas.¹”

La concepción consecuencialista de MacCormick, sostiene Manuel Atienza, citado por Ruiz Sanz:

¹ [file:///D:/Usuarios/Downloads/Dialnet-ArgumentacionRacionalYConsecuencialismoEnLaDecisio-174639%20\(1\).pdf](file:///D:/Usuarios/Downloads/Dialnet-ArgumentacionRacionalYConsecuencialismoEnLaDecisio-174639%20(1).pdf)

“...puede resultar compatible con la idea de que para justificar las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones sustantivas: razones de corrección (una decisión se considera correcta en sí misma) y razones finalistas (una decisión se justifica porque promueve un cierto estado de cosas que se considera valioso). Si las razones de corrección no son suficientes para justificar una decisión, hay que recurrir a razones finalistas o consecuencialistas que contemplen el sentido último de la norma de acuerdo con los principios y valores básicos de cada ordenamiento”.

Viene a colación la referencia al consecuencialismo, porque resultaría posible darle continuidad a lo razonado por la Sala Laboral de la Corte para declarar la ineficacia de los traslados al RAIS en el caso de los afiliados y hacerlo extensivo a quienes ya se han pensionado en los fondos privados. Probablemente necesitaría un menor esfuerzo argumentativo plegarse a las razones de nuestro tribunal de cierre y seguir fallando en cascada idénticamente los casos de afiliados y de pensionados.

*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*

“Art. 107. CAMBIO DE PLAN DE CAPITALIZACIÓN O DE PENSIONES Y DE ENTIDADES ADMINISTRADORAS. 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.”

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.”

Encontró además la Corte Constitucional que los fines perseguidos por el legislador eran legítimos e importantes, en tanto

“Tal 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.

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 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 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:

“Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. 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 ‘el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior”

Ahora bien, esta última cita no propugna porque se siga el tenor de la norma demandada, pues claramente los fallos sobre ineficacia de los traslados realizados al RAIS por los afiliados en los que resulta pacífica la posición de este Tribunal riñen con su contenido. Tan solo se trae a cuento para reafirmar la mirada claramente finalista de la Corporación de cierre en materia constitucional.

Nada nos impide, pues todos somos al fin de cuentas 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:

*“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 SL 17595-2017 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, 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 :

“Cuando se trata de la modalidad de renta vitalicia inmediata, la naturaleza misma del contrato no permitiría el traslado en ningún caso, dado que el afiliado adquiere la condición de pensionado desde el momento mismo en que contrata la renta vitalicia. Este tipo de plan pensional es, por expresa definición legal,² 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”.

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.

Estos sería solo dos ejemplos del impacto que en el mundo real tendría declarar la ineficacia de la afiliación de quienes ya se han pensionado en el régimen de ahorro individual. Impacto que responsablemente esta Sala quiere evitar, decidiendo mediante esta sentencia de unificación que no podrá declararse la ineficacia ni la nulidad de su afiliación.

² Ley 100 de 1993, Artículo 80.

Mutatis mutandi las anteriores consideraciones son perfectamente aplicables al caso de autos, ya que tal y como lo muestran los documentos allegados al plenario, se trata de una persona pensionada por el RAIS que pretende la nulidad del traslado del RPM, y siendo que esta Sala de Decisión hizo parte de la sentencia de unificación, acoge dicha posición, conllevando lo anterior a la confirmación de la sentencia venida en apelación. Reafirma la anterior conclusión, lo expresado por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del pasado 10 de febrero (SL373-2021, Radicado 84475), en cuya parte pertinente dijo:

Ahora bien, aunque el cargo es fundado en cuanto a la inobservancia del deber de información, la Corte no casará la sentencia del Tribunal porque en sede de instancia llegaría a la misma conclusión absolutoria, pero por otras razones.

Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)³, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente,

³ SL1688-2019, SL3464-2019

podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

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

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

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

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

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

Sobran entonces consideraciones, se repite, para despachar desfavorablemente las distintas razones que expuso la parte recurrente tendientes a revocar el fallo de primer grado y, en su lugar, acceder a todo lo pedido, pues queda claro que cuando media en la parte demandante la condición de pensionado por vejez no es posible razonablemente pensar en una ineficacia por falta de una debida información del acto jurídico de traslado de régimen de pensional, más concretamente del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

Las costas de esta instancia, atendiendo a lo normado en el artículo 365-1 del C.G-P., estarán a cargo de la parte demandante, dado que su recurso no prosperó. Como agencias en derecho se fija la suma de \$150.000, a favor de cada una de las demandadas.


DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia objeto de apelación, de fecha y procedencia conocidas.

Costas de esta instancia a cargo de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$150.000 para cada una de las demandadas.

La presente decisión queda notificada en los **ESTADOS ELECTRÓNICOS** de que trata el artículo 9 del Decreto 806 de 2020.

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



NANCY GUTIERREZ SALAZAR

Se certifica: Que la sentencia anterior fue notificada por
ESTADOS N° 67 fijados el 22 de abril de 2021
En la página web de la rama judicial a las 8 a.m.

El secretario.