

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	GLORIA HILDA ZAPATA GONZÁLEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
RADICADO	05001-31-05-002-2020-00433-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional.
DECISIÓN	Confirma.

Medellín, diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)

Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede la Sala a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **GLORIA HILDA ZAPATA GONZÁLEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 026**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., e igualmente se conocerá del proceso bajo el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 2 de marzo de 2022.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas, se expuso, en síntesis, que, la demandante fue trasladada del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el día 1° de septiembre de 1997.

Se duele que el asesor ejecutivo del RAIS no le brindó la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la información determinante y ajustada a su situación concreta; y que, al contrario, le ocultaron información relevante al momento de ser atendida para afiliarse, por lo que considera que su decisión se encuentra viciada y afectada en su validez, por ausencia del conocimiento sobre las consecuencias jurídicas de su traslado de régimen pensional, toda vez que la afp accionada omitió su obligación de buen consejo en materia pensional.

Que la actora elevó solicitud ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., buscando retornar al régimen de prima media con prestación definida el día 18 de noviembre de 2020, pero ambas entidades dieron respuesta negativa a la petición quedando agotada la reclamación administrativa.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de la señora GLORIA HILDA ZAPATA GONZÁLEZ a la AFP PORVENIR S.A., al haberse presentado una inducción al error por omisión de información del fondo privado, y que, en consecuencia, se declare que la demandante siempre ha permanecido afiliada

sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, ordenándole a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación, tales como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como: rendimientos financieros, intereses, y gastos administrativos, los cuales deberán actualizarse como semanas cotizadas en la historia laboral de la demandante, también solicita que las costas procesales queden a cargo de ambas accionadas.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas, a dar respuesta a la misma, a través de sus respectivos apoderados judiciales.

COLPENSIONES describió el traslado de esta acción, según consta en el archivo N° 7 obrante en el expediente digital.

A través del mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; dijo no constarle los hechos expuestos en el escrito introductorio, a excepción de aquel relativo al agotamiento de la reclamación administrativa; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO; INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO; DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN- SEGUROS PREVISIONALES- COMISIONES. INDEXADOS; PRESCRIPCIÓN; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; Y COMPENSACIÓN”*.

A su turno la AFP PORVENIR S.A., dio respuesta oportuna a la demanda según consta en archivo PDF N° 13 anexado al expediente digital, a través del cual manifestó no ser ciertos los hechos que aluden a la supuesta omisión al deber objetivo de información por parte del fondo privado, aclarando que en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el año 1996, se evidencia su libre escogencia al régimen de ahorro individual, después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones,

características y funcionamiento del mismo de conformidad con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993 en los artículos 60 y siguientes, por lo cual la decisión de suscribir el formulario de afiliación, fue libre, voluntaria e informada, sin que le consten los restantes supuestos fácticos, los cuales deberán ser objeto de debate probatorio; se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, y como medios defensivos propuso las excepciones de mérito que denominó: *“PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN; y la GENÉRICA”*.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 2 de marzo de 2022, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de la señora GLORIA HILDA ZAPATA GONZÁLEZ a la AFP PORVENIR S.A., por falta al deber de información.

También ORDENÓ a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; advirtiendo que al momento de cumplirse la referida orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, durante todo el tiempo que permaneció afiliado a dicha entidad.

En consecuencia, ORDENÓ a COLPENSIONES tener a la demandante válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, actualizando las semanas cotizadas en su historia laboral.

Finalmente impuso las COSTAS del proceso en la primera instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A., y a favor de la señora GLORIA HILDA

ZAPATA GONZÁLEZ, absteniéndose de condena en este sentido a cargo de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, manifestó el juez de primer grado que el fondo privado no probó haberle suministrado una información completa y suficiente a la demandante, lo que derivó en la ineficacia del acto jurídico de afiliación y/o traslado entre regímenes pensionales, dejando en claro que la sola firma de un formulario de afiliación no es prueba de haberse cumplido el deber objetivo de información o asesoría pensional.

VI. – RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., quien solicita se revoque lo decidido por el a quo, al considerar improcedente la declaratoria judicial de ineficacia del traslado, toda vez que el fondo privado si cumplió con su deber objetivo de información frente a la demandante al momento de concretarse su traslado al RAIS, y también se acató la normatividad que se encontraba vigente para esa época, como es el caso de los Decretos 363 de 1993, y 720 de 1994, los cuales obligaban a consignar la información en los formularios de afiliación, y en las cartillas instructivas contentivas de las características del régimen de capitalización y sus modalidades pensionales, como efectivamente ocurrió, no resultando aplicable al caso de la demandante la postura jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 hasta la fecha, y la normativa actual que regula el deber objetivo de información.

Expone también el recurrente que del interrogatorio de parte practicado a la demandante, se advierte que la actora no busca la ineficacia del traslado por omisión al deber de información, por el contrario, dicha pretensión tiene sustento en la no satisfacción de sus expectativas pensionales.

De otro lado, y solo en el hipotético caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia, solicita se absuelva a PORVENIR S.A., de la devolución de las cuotas de administración y primas previsionales, al considerar que tales rubros

fueron descontados en estricto cumplimiento de una obligación legal, y dado que no fueron vinculadas al proceso las aseguradoras con las cuales se afianzaron los riesgos, no existe forma de recuperar lo pagados por concepto de primas previsionales.

Señala que al no estar destinados los referidos gastos de administración a la eventual financiación de una pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, la devolución de tal concepto generaría un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES y la demandante, máxime que dicho concepto se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo.

Alegatos de Conclusión:

En la debida oportunidad procesal, los apoderados de las partes presentaron alegatos de conclusión, a través de los cuales insistieron en sus distintas posturas. Sus alegatos fueron desde atacar la declaratoria de ineficacia del acto, pasando por el análisis de los vicios del consentimiento, los aspectos facticos y jurídicos por los que la sentencia de primera instancia debe modificarse, confirmarse o incluso revocarse, y haciendo hincapié en el principio de la sostenibilidad financiera de las entidades, cada una de ellas acudiendo a las tesis que sustentan sus intereses.

Se le reconoce personería para actuar a la apoderada judicial de COLPENSIONES, Dra. YESSICA ZAPATA RAMÍREZ portadora de la T.P. N° 260.650 del C.S. de la J., en los términos del memorial de sustitución poder allegado al plenario.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se

encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. - La Ineficacia en el traslado de régimen pensional.

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteado por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., en su recurso de apelación; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la sentencia que tienen incidencia frente a la administradora pública de pensiones, esto es, la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala de establecer si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizó la demandante, a través de la AFP PORVENIR S.A., alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y el traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a advertir que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se*

entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad” (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el plenario, concretamente la historia laboral aportada por COLPENSIONES, se advierte que la señora GLORIA HILDA ZAPATA GONZÁLEZ se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES a partir del 13 de marzo de 1991, y años más tarde se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del mes de diciembre de 1996, con efectividad a partir del 1° de febrero de 1997, a través de la AFP PORVENIR S.A., fondo donde permanece afiliada en la actualidad.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que la AFP PORVENIR S.A., no alcanzó a probar haberle brindado asesoría con suficiencia en su proceso de traslado.

Ahora, como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia del órgano de cierre (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017), es claro que la firma del formulario de afiliación no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte del fondo privado. La simple firma del formulario por parte de la asegurada no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban el cambio de régimen, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

En efecto, si bien en Colombia existen dos regímenes pensionales excluyentes y con dinámicas financieras distintas, esa sola razón no es

suficiente para entender que los asegurados pueden afiliarse a cualquiera administradora sin que se cumpla con el proceso previo de acompañamiento y asesoría absoluta. Precisamente, resulta indicativo e insoslayable el acompañamiento que se le debe brindar al asegurado, al punto de que si no se le asesora y aconseja el régimen que más le conviene de acuerdo a sus condiciones particulares, termina por afectarse la eficacia del acto de traslado.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional de la demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de traslado a la AFP PORVENIR S.A., esto es, que jamás perdió continuidad en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud de la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta de que dispone este colegiado, que impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele a la demandante. A su vez, este tema constituye punto de disenso en la apelación de la AFP PORVENIR S.A., quien se opone a la devolución de las cuotas de administración, y primas de reaseguramiento, aduciendo razones de consagración legal, enriquecimiento sin causa, causación de dichos descuentos, indebida aplicación del artículo 1746 del Código Civil y correcta gestión financiera del fondo que compensarían la causación de rendimientos, entre otros reparos.

Esta Sala encuentra que no le asiste razón al apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., al pretender que se revoque la orden de traslado de las cuotas de administración, en tanto a la entidad pública debe garantizársele la integridad de la cotización sin descuento alguno, ya que será quien reciba la afiliación de la asegurada y para todos los efectos legales la tenga afiliada al fondo público sin solución de continuidad. No puede perderse de vista que COLPENSIONES es la entidad que a futuro deberá asumir el pago de las prestaciones de la seguridad social que llegue a causar, y deberá asumir la afiliación sin solución de continuidad en el tiempo.

Los efectos de la ineficacia se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que la actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de la AFP accionada, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización, ya que los referidos descuentos también existen en el régimen de prima media con prestación definida, y no deben ser realizados por PORVENIR S.A., sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada la actora.

Esta sala no acogerá los argumentos presentados, ya que el solo hecho de que los descuentos a la cotización se encuentren contemplados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no constituye una razón de peso suficiente para que se validen los mismos frente a un acto que adoleció por completo de ineficacia jurídica. Al respecto, resulta pertinente recordar que esa autorización legal existe, pero va dirigida o presupone la existencia legal del acto, siendo evidente que cuando hay ineficacia, no existe un título legítimo y válido para que puedan efectuarse esos descuentos, lo cual justifica con suficiencia la devolución ordenada.

Conforme a lo anterior, tampoco puede ser razón suficiente para revocar las ordenes de traslado el hecho de que en su momento haya existido cobertura frente a los riesgos de invalidez o sobrevivencia, o que se trate de sumas que efectivamente se hubieren causado.

Contrario al entendimiento dado al tema por el recurrente, en el sub judice, de lo que se trata es de que, merced a los efectos jurídicos de la ineficacia del acto, estrictamente con incidencia en el escenario de la seguridad social, debe la AFP accionada asumir directamente de su propio patrimonio la devolución de estas sumas.

Al respecto, resulta oportuno citar el reciente criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien, en sentencia del 29 de julio de 2020, SL 2877, Radicación 78.667, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha recordado que *“la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la*

pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida...”.

En lo que a este tema respecta, pese a que las primas previsionales y las cuotas de administración no financian directamente la pensión de vejez, no puede llegarse al punto de sostener que la obligación de su devolución es prescriptible, ya que estas obligaciones surgen con la presente sentencia que contiene la declaración judicial y las ordenes que deben procurar que todo regrese al estado anterior.

Por último, considera la Sala que la orden de devolución indexada de los conceptos relativos a cuotas de administración, primas previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, se encuentra acorde al criterio jurisprudencial frente el tema de la actualización monetaria, reiterado recientemente por la Sala de Casación laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021, donde se ha mostrado la importancia de actualizar estos conceptos al momento de producirse su devolución, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, criterio que acoge esta Colegiatura.

Costas procesales en segunda instancia.

Teniendo en cuenta que la AFP PORVENIR S.A., fue vencida en el recurso de alzada, deberá pagar costas procesales de segunda instancia a la señora GLORIA HILDA ZAPATA GONZÁLEZ, tal y como lo dispone el art. 365 del CGP, y como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 equivalente a 1 SMLMV para el año 2022.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISION LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

PRIMERO: CONFIRMAR sentencia objeto de apelación y consulta proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN de fecha 2 de marzo de 2022, de conformidad a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la AFP PORVENIR S.A., y en favor de la señora GLORIA HILDA ZAPATA GONZÁLEZ, y como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 equivalente a 1 SMLMV para el año 2022.

TERCERO: En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

CUARTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada