

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	MYRIAM CABUYA NAVARRETE
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICADO	05001-31-05-009-2021-00546-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona y 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 a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **MIRYAM CABUYA NAVARRETE** 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 PORVENIR S.A., contra la sentencia que profirió el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 8 de abril de 2022; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que, la demandante, quien nació el 22 de febrero de 1969, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces Instituto de los Seguros Sociales desde abril de 1996; posteriormente, en julio de 2003, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP PORVENIR S.A., donde permanece actualmente.

Se duele que los asesores ejecutivos del RAIS no le brindaron 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 a PORVENIR S.A., 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.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por PORVENIR S.A., y que en consecuencia, se ordene a dicha administradora trasladar a COLPENSIONES la totalidad del saldo de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, frutos, intereses, aportes al fondo de solidaridad pensional y cuotas de administración, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas y aceptar a la demandante en el régimen de prima media

con prestación definida sin solución de continuidad, condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo COLPENSIONES a descorrer el traslado de esta acción, según escrito visible en el PDF 7 del expediente digital. A PORVENIR S.A. se le tuvo por no contestada la demanda.

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; aceptó los hechos de la demanda referidos a la afiliación de la demandante, su traslado, la edad y el agotamiento de la reclamación administrativa, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA Y/O NULIDAD DEL TRASLADO DEL RÉGIMEN REALIZADO POR LA DEMANDANTE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACIÓN AL RPM POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN A CARGO DE COLPENSIONES, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN INDEXADAS, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS Y LA INNOMINADA o GENÉRICA”*.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 8 de abril 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 a través de PORVENIR S.A., y le impuso la obligación de trasladar a COLPENSIONES, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el 100% de las cotizaciones realizadas por la asegurada, incluyendo las cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración, primas previsionales y

porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, ordenando la indexación de estos últimos tres rubros.

A COLPENSIONES le ordenó aceptar el retorno de la demandante, recibir las mencionadas sumas, activar su afiliación a prima media sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral y continuar siendo su administradora de pensiones.

Condenó en costas procesales únicamente a PORVENIR S.A., absteniéndose de hacerlo frente a COLPENSIONES.

El principal argumento del A quo para declarar la ineficacia, desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, sobre la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia del formulario para acreditar asesoría, la relevancia de la oportunidad en que se reciba la asesoría, la imposibilidad de que la ineficacia se sanee por prescripción o por traslados en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad y el derecho a la libre selección de régimen pensional.

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., quien estuvo inconforme con la decisión, argumentando que la entidad llevó a cabo la afiliación de la demandante de manera libre y voluntaria y le puso a disposición de la asegurada sus distintos canales de comunicación para que pudiera informarse de todo lo relacionado de su futuro pensional.

Adujo que la entidad cumplió con el suministro de la información exigida para la época, concretamente lo establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y que la voluntad quedó suscrita en el formulario de afiliación, el cual cumple con las exigencias del Decreto 692 de 1994 y los requisitos que ha establecido la Superintendencia Financiera. Agregó que la entidad ha realizado

las campañas correspondientes, teniendo a mantener informados a sus asegurados acerca de los distintos cambios normativos.

Indicó que todas las características del régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentran contenidas en la Ley 100 de 1993 y que no es una excusa para los afiliados su desconocimiento.

Solicitó que, a consecuencia de revocar la sentencia, debe también revocarse la orden de traslado que se impuso en aquella referida a los dineros que se ordenó devolver, y subsidiariamente manifestó que, en el evento de que se confirme la ineficacia, no se ordene a PORVENIR S.A. trasladar los conceptos por gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ya que dichos dineros se invirtieron conforme al mandato legal establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, generaron rendimientos y frutos a la actora y garantizan la sostenibilidad financiera de la entidad.

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.

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 planteados por la apoderada judicial de PORVENIR S.A. en su apelación, sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia de traslado de régimen pensional y la aceptación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida que administra, 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 PDF 2 del expediente digital, se comprueba que la señora MYRIAM CABUYA NAVARRETE, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces Instituto de los Seguros Sociales desde abril de 1996; posteriormente, en julio de 2003, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP PORVENIR S.A., donde permanece actualmente.

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 convocada a juicio (PORVENIR S.A.) no alcanzó a probar haberle brindado asesoría a la actora con suficiencia en su proceso de traslado, en el momento en que la atendió para afiliarla.

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 de los fondos privados. La simple firma del formulario por parte del asegurado 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.

Es importante destacar que el derecho a la libre elección de régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993 en el marco del derecho a la seguridad social no riñe con las disposiciones legales que contemplan la exigencia del formulario, debiéndose entender que, más allá de la documentación formal, existe un sustrato material directamente relacionado con los derechos fundamentales que exige que el asegurado tenga una completa asesoría en su proceso de traslado de régimen pensional, la cual coloca a la respectiva administradora en el pleno del cumplimiento de sus obligaciones profesionales en ese sentido, bajo la dinámica del *“buen consejo”*. Es decir, no se trata de desconocer que en las disposiciones legales que cita la apoderada judicial de PORVENIR S.A. en la alzada sí existe la exigencia del formulario de afiliación como un requisito para el traslado de régimen pensional; sin embargo, conforme lo ha reiterado la citada postura jurisprudencial, en el mismo no se agotan todas las obligaciones de asesoría.

Conforme a estas consideraciones, no le asiste razón a la apoderada judicial de PORVENIR S.A., cuando, para oponerse a la declaratoria de ineficacia insiste en que la entidad puso a disposición los canales virtuales correspondientes para que la asegurada pudiese consultar la información necesaria con respecto al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que, ha insistido la jurisprudencia que en estos casos es el propio fondo el que debe actuar en posición de suministro de la información, sin que pueda relevarse de esas obligaciones, incluso desde la etapa pre contractual, esto es, antes de que la persona incluso tome la decisión de trasladarse.

Desde este punto de vista, teniendo en cuenta que en el juicio no se probó que PORVENIR S.A. hubiere en realidad brindado una cabal y absoluta asesoría, no puede sostenerse que, el hecho de que la actora hubiere actuado bajo la voluntariedad y sin presiones, constituya el acto jurídico en eficaz; por cuanto, constituía un presupuesto de la validez de este acto cualificado, que la ciudadana hubiere tomado su decisión con toda la información y los pormenores del régimen incluso de cara a su situación concreta, para que el acto hubiere podido nacer a la vida jurídica.

Ahora, los deberes de información, asesoría, buen consejo y acompañamiento que el fondo privado debe cumplir en favor de la asegurada a la seguridad social debe ser real y concreta, sin que pueda sostenerse que el hecho de que la Ley 100 de 1993 contemple de manera general y abstracta una serie de definiciones y características del régimen de ahorro individual con solidaridad baste para que el asegurado se informe. Quiere ello significar que, más que un deber propio en la búsqueda de la asesoría, y sin que importe que la ley de seguridad social contemple todo un desarrollo sobre el RAIS y sus características, es el fondo el que tiene la obligación de dar a conocer todas las características del régimen, no solo de manera general y conforme a la ley, sino en punto a la situación concreta del aspirante a trasladarse.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado de la señora MYRIAM CABUYA NAVARRETE dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 SA., esto es, se encuentra válidamente afiliada al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

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 subsidiario de disenso en la apelación de PORVENIR S.A.

Esta sala encuentra que, a la entidad pública co demandada COLPENSIONES, 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.

Si bien, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece la facultad que tienen las administradoras de descontar los gastos de administración y demás descuentos, ello opera en el marco de un traslado que no adolezca de eficacia, esto es, que se trate de una pertenencia al régimen legítima que no sea ineficaz. Así, en actos jurídicos que conserven su validez y se hayan realizado en condiciones ordinarias con la garantía del buen consejo, el acompañamiento y la asesoría, es evidente que dichos descuentos pueden realizarse y no existiría lugar a devolverlos. No obstante, mientras el acto sea ineficaz, se encuentra justificado el retorno económico global de todo lo que se hubiere generado en virtud de ese acto que no nació a la vida jurídica.

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 PORVENIR S.A., 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.

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...”*.

Es de tal relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia de que el mismo no se vea limitado por omitir ordenar retornar todos los descuentos que le hicieron a la cotización, que esta sala advierte que la orden dada por el A quo en el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia resulta insuficiente, ya que también debe ordenarse a PORVENIR S.A. que discrimine los conceptos y rubros que se ordenó devolver.

En consecuencia, **se confirmará** la decisión del A quo de ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la afiliada con sus respectivos rendimientos, la cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos debidamente indexados, tal y como se ordenó y **se adicionará** el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia, a efectos que PORVENIR S.A., al momento de cumplir la orden impartida, deberá remitir a Colpensiones la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales, a cargo de PORVENIR S.A. por resultar vencida en el recurso, y en favor de la señora MYRIAM CABUYA NAVARRETE. Agencias en derecho: 1 salario mínimo legal mensual vigente para 2022.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de que, **PORVENIR S.A.**, traslade a **COLPENSIONES** las sumas ordenadas, debidamente discriminadas, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a **PORVENIR S.A.** y en favor de la señora **MYRIAM CABUYA NAVARRETE**. Agencias en derecho: 1 SMLMV para 2022, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

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

QUINTO: 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