

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	HERNANDO JAVIER MOYANO PATERNINA
DEMANDADOS	COLPENSIONES – PROTECCIÓN- PORVENIR
RADICADO	05001-31-05-014-2021-00192-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona y confirma

Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por el señor **HERNANDO JAVIER MOYANO PATERNINA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP PROTECCIÓN y PORVENIR**.

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 048**, 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 COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 12 de septiembre 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 el demandante nació el 16 de marzo de 1963, y se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1984; que posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN en el año 2001 y luego se trasladó a la AFP PORVENIR en el año 2010, entidad en donde se encuentra actualmente.

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 atendido para afiliarse al RAIS, 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 afiliación a dicha administradora.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las AFP trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por el actor, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar al demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, y 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 las demandadas a descorrer el traslado de esta acción.

PROTECCIÓN, A través de la contestación allegada (PDF 07 ss del expediente digital), negó los hechos de la demanda, salvo la afiliación del actor,

precisando que el formulario de afiliación lo suscribió el demandante el 9 de abril del año 2001. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, TRASLADO DE APORTES, TRASLADO Y MOVILIDAD DENTRO DEL RAIS A TRAVÉS DE DIFERENTES AFP'S CONVALIDA LA VOLUNTAD DE ESTAR AFILIADO A DICHO RÉGIMEN, TRASLADOS ENTRE AFP'S COMO ACTOS DE RELACIONAMIENTO EN TÉRMINOS DE LA SENTENCIA SL4934- 2020.*

PORVENIR, A través de la contestación allegada (PDF 09 ss del expediente digital), negó los hechos de la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones perentorias que denominó: *“PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE”*

COLPENSIONES describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 10 del expediente digital. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; y, propuso las excepciones perentorias que denominó: *“IMPOSIBILIDAD DE DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO DE FONDO, PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, COMPENSACIÓN”*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 12 de septiembre de 2022, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del señor HERNANDO JAVIER MOYANO PATERNINA, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN, así como su posterior traslado entre administradoras de fondos de pensiones, hacia PORVENIR.

Ordenó a PROTECCION S.A., a trasladar a COLPENSIONES, el valor de los gastos de administración, que conllevan al pago de seguros previsionales y garantía de la pensión mínima, entre el 01 de junio de 2001 al 30 de abril de 2010. A su vez ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES el valor de los dineros hallados en la cuenta de ahorro individual del señor HERNANDO JAVIER MOYANO PATERNINA, incluyendo para el efecto los rendimientos financieros,

las comisiones de administración, que incluyen lo pagado por seguro previsional, y garantía de la pensión mínima a partir de la fecha 01 de mayo de 2.010.

A COLPENSIONES le ordenó reactivar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señor HERNANDO JAVIER MOYANO PATERNINA y recibir todos los dineros que sean trasladados por las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR.

Condenó en costas procesales únicamente a PROTECCIÓN y PORVENIR y se abstuvo de hacerlo frente a Colpensiones.

El 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, por el derecho a la libre selección de régimen pensional.

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

La sentencia de primera instancia fue apelada parcialmente por el apoderado judicial de COLPENSIONES.

Sostiene el recurrente que, al haberse declarado la ineficacia del traslado de régimen pensional, se debió ordenar a las AFP demandas, trasladar a Colpensiones las comisiones de administración, los seguros previsionales, y garantía de la pensión mínima, debidamente indexadas, atendiendo al principio de estabilidad financiera y conforme a lo reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia N° 46292 del 18 de octubre de 2017.

Alegatos de conclusión:

A la doctora MARIA PAULA ANGEL TABORDA, portadora de la tarjeta profesional 239,242, se le reconoce personería para representar a COLPENSIONES. La apoderada judicial de **COLPENSIONES** dentro de la oportunidad de ley presentó escrito de alegatos de conclusión en sede de

segunda instancia, través del cual solicita que la entidad sea absuelta de cada una de las pretensiones incoadas en su contra y que no se le imponga condenada en costas procesales.

Por su parte el apoderado judicial de **PORVENIR**, expresó que atendiendo a que en el fallo emitido por el juez de primera instancia se condena al traslado de los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual de la parte actora, y que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, es en ese sentido que, no es posible que se condene a una indexación de los valores ordenados a trasladar, pues dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los aportes se busca reponer con la indexación, el mismo se resarciría con el traslado de unos rendimientos, que en ocasión de estos últimos, a los efectos de una restituciones mutuas nunca debieron existir, por lo que se estaría imponiendo una condena doble en contra de la AFP.

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 el apoderado judicial de COLPENSIONES, en su recurso de apelación; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y la aceptación del 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 en establecer si la afiliación que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y la afiliación o 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 afiliación o 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 la afiliación o 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 la afiliación o 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 expediente digital, se constata que el señor HERNANDO JAVIER MOYANO PATERNINA, inicialmente se vinculó al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1984, posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN en el año 2001 y luego se trasladó a PORVENIR en el año 2010, entidad en donde se encuentra actualmente.

Revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, 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 las AFP convocadas a juicio (PROTECCIÓN y PORVENIR) no alcanzó a probar haberle brindado asesoría al actor HERNANDO JAVIER MOYANO PATERNINA, 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 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 ingresar a un nuevo régimen pensional distinto al de prima media con prestación definida al que ya había pertenecido, 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 afiliación o 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 preciso indicar que las obligaciones de asesoría y acompañamiento siempre han existido desde que se crearon los dos regímenes pensionales en la Ley 100 de 1993, sin que pueda decirse que se estén haciendo retroactivas obligaciones que solo se hayan impuesto en recientes normas jurídicas.

Pues bien, la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula esta situación, es la que comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado.

Así las cosas, esta sala resalta la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la ineficacia se presenta en el momento de la afiliación o traslado ausente de información, esto es, no nace a la vida jurídica, sin que importen las conductas posteriores, ya que el acto no alcanzó a producir efectos jurídicos.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN y PORVENIR.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional del demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz, esto es, se encuentra válidamente afiliado 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 al demandante. A su vez, este tema constituye punto de disenso en la apelación de COLPENSIONES.

Los efectos de la ineficacia se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que el actor haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de PROTECCIÓN y PORVENIR, 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 PROTECCIÓN ni por PORVENIR, sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliado el actor.

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...”*.

Así pues, 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 los **numerales segundo y tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, como bien lo señaló el apoderado judicial de Colpensiones, resulta insuficiente, ya que se omitió ordenar a las **AFP**

PROTECCIÓN y PORVENIR que trasladen a COLPENSIONES además de lo ordenado, **la indexación** sobre las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué recibir sumas depreciadas por estos conceptos, teniendo en cuenta la siguiente formula:

ÍNDICE FINAL

ÍNDICE INICIAL x VALOR A INDEXAR – VALOR A INDEXAR

Esta medida de actualización monetaria ha sido reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021, criterio que acoge esta Colegiatura, recogiendo en consecuencia cualquier otra interpretación en sentido contrario que se hubiere sostenido en el pasado.

A su vez, omitió el A quo ordenar, que dicho traslado se lleve a cabo por las **AFP PROTECCIÓN y PORVENIR**, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, y que, tal entidad traslade lo ordenado a COLPENSIONES con 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

Sin lugar a condena en costas, como quiera que se acoge las suplicas formuladas en el recurso de apelación, planteado por COLPENSIONES.

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 los **numerales segundo y tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de **ORDENAR** a las **AFP PROTECCIÓN y PORVENIR**, trasladen a COLPENSIONES, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, además de lo ordenado, la

indexación de las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima y 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, 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: Sin lugar a condena en costas, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta 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