

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	LUZ MARINA ANGEL MUÑOZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
RADICADO	05001-31-05-018-2017-00918-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona y confirma

Medellín, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Estudiado, discutido y aprobado en Sala virtual

Esta Sala asume la competencia en esta instancia, conforme a la regulación establecida por el Gobierno Nacional en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 *“por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*; en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de Junio de 2020 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En consecuencia, conforme al trámite establecido en las citadas disposiciones, que habilitan el procedimiento de sentencia escrita, y cumplido el traslado a las partes en los términos reglados, procede la Sala Tercera de

Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **LUZ MARINA ANGEL MUÑOZ** en contra de **COLPENSIONES** y las **AFP COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**

La Magistrada Sustanciadora, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**, declaró abierto el acto y a continuación, después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 023**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.**, contra la sentencia que profirió el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 18 de noviembre de 2019; 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 5 de noviembre de 1966, se afilió al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el entonces Instituto de los Seguros Sociales, desde el 13 de febrero de 1986; posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de **COLFONDOS S.A.**, desde agosto de 1994, y se afilió a **PORVENIR S.A.** desde agosto de 2013, donde permanece actualmente.

Se duele que los asesores ejecutivos de las administradoras del RAIS, no le brindaron la información suficiente para haber tomado la decisión

pertinente con la suficiente información; y que, al contrario, le ocultaron información relevante.

Agregó, que conforme a las proyecciones pensionales que le fueron presentadas, su pensión resulta ampliamente deficitaria en el régimen privado, con relación a la que le correspondería de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial esta dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por las administradoras del régimen privado demandadas, y que en consecuencia, se ordene a dichas entidades, trasladar a COLPENSIONES los aportes que tenga acreditados en su cuenta de ahorro individual, debiendo ordenar a dicha entidad, recibir todos esos valores y activar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, como si nunca hubiese dejado de pertenecer a dicho régimen pensional, 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 dar respuesta a la misma, a través de sus respectivos apoderados judiciales (folios 44 y ss. del expediente).

COLPENSIONES, allegó contestación, la cual se observa a folios 44 y siguientes del expediente.

A través de la misma, se opuso a la prosperidad de pretensiones de la demanda; negó los hechos de la demanda, salvo la edad y la afiliación de la demandante, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DEL DERECHO DE AFILIACIÓN AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN*

DEFINIDA ADMINISTRADO POR COLPENSIONES, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, FALTA DE INTERÉN EN SU VIDA PENSIONAL, BUENA FE DE COLPENSIONES, MALA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, PRESCRIPCIÓN y COMPENSACIÓN”.

COLFONDOS S.A. describió el traslado de esta acción, según escrito visible a folios 78 al 83 del expediente.

A través del mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; negó en su mayoría los hechos de la demanda, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN, CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, COMPENSACIÓN y PAGO”.*

PORVENIR S.A. describió el traslado de esta acción, a través de escrito visible a folios 93 y siguientes del expediente, mediante el cual se opuso a las pretensiones de la demanda; negó los hechos de la demanda, salvo la afiliación y la proyección pensional realizada, y; formuló las excepciones de *“INAPLICABILIDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL y VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN”*, entre otras.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 18 de noviembre de 2019, la 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 las administradoras COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., y le ordenó a esta última, como la actual administradora de la asegurada, devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluidas cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos que se hubieren causado, sumas adicionales de la aseguradora y cuotas de administración.

Condenó en costas procesales a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A., imponiendo a COLPENSIONES la obligación de recibir todos esos valores y activar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.

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

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la apoderada judicial de PORVENIR S.A.

Lo sustentó manifestando que no hay lugar a declarar la ineficacia ni a ordenar las devoluciones de las cuotas de administración, el porcentaje de garantía de pensión mínima y las primas previsionales, teniendo en cuenta que es al legislador a quien corresponde determinar si el régimen de ahorro individual con solidaridad es más desventajoso con relación al de prima media con prestación definida y si debe existir o no un cambio normativo al respecto. Agregó que PORVENIR S.A. siempre ha cumplido con las obligaciones legales, y que el derecho a la seguridad social no garantiza una cuantía determinada pensional sino la cobertura que brinda el sistema frente a las contingencias que puedan presentarse, insistiendo en que la entidad no ha negado a la demandante ninguna prestación.

Con relación a la orden de devoluciones económicas refutadas, expresó que la entidad se ha ajustado en todo momento a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y que los descuentos realizados a la cotización los efectuó en virtud de la autorización legal contenida en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Adujo que la demandante no pertenece al régimen de transición pensional, y que conforme lo establece la Sentencia SU 062 de 2010 de la Corte Constitucional, una vez se declara la ineficacia o la nulidad de la afiliación al RAIS, las diferencias económicas que puedan generarse al momento del traslado de régimen pensional deben ser asumidas por el propio asegurado en un término prudencial, sin que en ninguna parte se diga que debe ser el fondo privado el que las asuma.

A partir de estas argumentaciones solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

Alegatos de Conclusión:

En la debida oportunidad procesal, la apoderada judicial de Colpensiones allegó alegatos de conclusión. A través de los mismos solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al ser claro que en el presente caso se configura a su juicio la imposibilidad de retorno establecida en el artículo 2º de la ley 797 de 2003, al faltarle menos de 10 años a la asegurada para cumplir la edad pensional.

Argumentó que la ineficacia en este caso no es atribuible a la entidad pública co demandada, sino que comprende una decisión exclusivamente tomada por la demandante, y que nos encontramos frente a un tema que dependió del interés que debió haber expresado sobre su futuro pensional.

Solicitó que, de mantenerse la decisión, se ordene la indexación de los conceptos económicos a devolver, teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

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.; 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, 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 COLFONDOS S.A., como la primera administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad a la que se afilió, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos, y si en lo sucesivo, su traslado a PORVENIR S.A. en el mismo régimen, corrió igual suerte.

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 a folios 15 y siguientes del expediente, se advierte que la señora LUZ MARINA ANGEL MUÑOZ, se afilió al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el entonces Instituto de los Seguros Sociales, desde el 13 de febrero de 1986; posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLFONDOS S.A., desde agosto de 1994, y se afilió a PORVENIR S.A. desde agosto de 2013, donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la 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 ninguno de los fondos privados a los que estuvo afiliada la demandante, alcanzó a probar haberle brindado asesoría con suficiencia en su proceso de traslado, y concretamente en cada uno de los momentos en que la atendieron para trasladarla de régimen, y después darle movilidad a otro fondo privado dentro del mismo RAIS.

Debe decirse, que, si bien la asegurada alcanzó a pertenecer a varias administradoras de fondos de pensiones a lo largo de su permanencia en el RAIS, -tal y como lo advirtió la A quo- la ineficacia se configuró desde la primera vez, cuando se afilió a la AFP COLFONDOS S.A., quedando afectada con esa sanción legal la posterior vinculación que llevó a cabo dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la administradora PORVENIR S.A.

Los planteamientos que hace la apoderada judicial de COLPENSIONES en sus alegatos de conclusión, y conforme a los cuales controvierte la declaratoria de ineficacia, por encontrarse la demandante a menos de 10 años de adquirir la pensión, a su juicio pretermitiendo la regla de permanencia establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, no son de recibo, teniendo en cuenta que no nos encontramos frente a un traslado de régimen a menos del tiempo permitido por la ley, sino que el regreso a prima media se da en el marco de la declaratoria judicial de un acto jurídico que no alcanzó a producir sus efectos por ineficacia.

Ahora, la apoderada judicial de PORVENIR S.A. plantea en su recurso de alzada que la entidad cumplió con todas las exigencias legales en el proceso de traslado; sin embargo, la única prueba allegada de tal supuesto cumplimiento lo constituye el formulario de afiliación al RAIS, del cual no puede deducirse de manera exacta y con grado de certeza que efectivamente se le haya dado a la asegurada una verdadera asesoría en el marco del buen consejo que se exige en la jurisprudencia que el órgano judicial de cierre ha establecido sobre el tema.

Tampoco puede acogerse su razonamiento tendiente a destacar que es el legislador a quien corresponde a través de un cambio legislativo establecer si es el RAIS un régimen desventajoso frente a prima media. Como se ha visto, la consecuencia de la ineficacia se da por las omisiones profesionales del fondo privado en cumplir con el suministro cabal de información y asesoría en el marco de la prestación del servicio público de la seguridad social que desarrolla, y no propiamente por una inconveniencia a priori o *in abstractum* del régimen. Menos aún puede estimarse que por no habersele negado prestación alguna a la demandante, se derruya la declaratoria de primer grado.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado y posterior movilidad de la señora LUZ MARINA ANGEL MUÑOZ 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 COLFONDOS S.A., encontrándose también afectado de ineficacia el acto de afiliación a PORVENIR S.A., esto es, se encuentra válidamente afiliada al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

Ahora, el tema de las devoluciones económicas, constituye un punto de apelación de PORVENIR S.A., quien pretende se revoque el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, contentivo de la decisión de devolver, además del capital y los rendimientos el porcentaje de cuotas de administración, primas de reaseguros y pagos por garantía de pensión mínima. A su vez, frente a este aspecto esta Sala dispone de la competencia para pronunciarse, en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta, que impone la necesidad de revisar el tema, en aras 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.

Para resolver, estima la Sala que no le asiste razón a la apoderada judicial de PORVENIR S.A., ya que es imperioso mantener la orden de devolución de las cuotas de administración y las primas de reaseguros. Respecto del porcentaje de garantía de pensión mínima, si bien la sentencia no los incluyó y de todas maneras fue un punto que se apeló, llevarán a esta sala a que en virtud de la competencia derivada de la consulta se incluyan también dichos porcentajes, los cuales deberán ser retornados a COLPENSIONES en el término de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, junto con los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos.

Las razones jurídicas parten de entender que al regresar las cosas al estado anterior en que se encontraban antes de que la actora suscribiera el traslado de régimen pensional, deben regresarse todos los conceptos cobrados por las administradoras del régimen privado, incluso completando dichas sumas de sus propios patrimonios, teniendo en cuenta que se trata de dineros que

pertenecen a la cotización de la asegurada, y que ella no dio lugar a la ineficacia.

Frente al efecto de la ineficacia, resulta irrelevante que se trate de descuentos legales y que el capital de la demandante haya generado unos rendimientos.

Tampoco acoge la sala los planteamientos de la apoderada judicial de PORVENIR S.A., quien dado un equivocado entendimiento a la sentencia SU 062 de 2010 de la Corte Constitucional, acoplando los efectos de recuperación del régimen de transición en cualquier tiempo a los efectos de ineficacia, lo cual no desarrolla dicha providencia pretende que la equivalencia del ahorro sea una carga que se le imponga a la propia asegurada, desconoce que nos encontramos frente a un caso de ineficacia generada a partir de las propias omisiones del fondo privado y no un simple tema de traslado y recuperación del régimen de transición.

Por virtud de la misma competencia derivada de la Consulta, resulta pertinente, además, **ADICIONAR** el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de que en el término de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, COLFONDOS S.A., quien al ser la primera administradora que faltó al deber de información y dio lugar a la ineficacia, traslade debidamente indexados a COLPENSIONES las cuotas de administración, los porcentajes descontados por garantía de pensión mínima y primas previsionales.

Finalmente, debe decirse que con la orden de recepción de los dineros ordenados y la activación de la afiliación de la demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida, no se está generando ninguna consecuencia adversa a Colpensiones, ya que a partir de las sumas recibidas y las semanas acreditadas, deberá Colpensiones a futuro resolver el derecho de la actora a las eventuales prestaciones económicas que reconoce el sistema de seguridad social; además, se advierte que no se le impuso condena en costas procesales.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de PORVENIR S.A., vencida en el recurso, y en favor de la señora LUZ MARINA ANGEL MUÑOZ. Agencias en derecho: un salario mínimo legal mensual vigente para 2021.

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 segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación y Consulta, **ORDENANDO** a **PORVENIR S.A.**, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a COLPENSIONES, además de los rubros ordenados en primera instancia, los porcentajes descontados por concepto de garantía de pensión mínima, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación y Consulta, **ORDENANDO** a **COLFONDOS S.A.**, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade debidamente indexados a **COLPENSIONES** las cuotas de administración, los porcentajes descontados por garantía de pensión mínima y primas previsionales, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a pagar en favor de la señora **LUZ MARINA ANGEL MUÑOZ** las costas procesales de segunda instancia.
Agencias en derecho: un salario mínimo legal mensual vigente para 2021.

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

SEXTO: SE ORDENA la notificación por estados de esta providencia, y se autoriza su reproducción virtual a las partes del proceso.

Los Magistrados:


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLÍN – SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados N ° **074** del **3 de mayo de 2021.**

Consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>