

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	ANGELA MARÍA OSORIO CASTRILLÓN
DEMANDADOS	COLPENSIONES – PORVENIR S.A. – PROTECCIÓN S.A.
RADICADO	05001-31-05-008-2017-00610-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona y confirma

Medellín, seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

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 **ANGELA MARÍA OSORIO CASTRILLÓN** en contra de **COLPENSIONES** y de las **AFP PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN 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 022**, 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 **PROTECCIÓN S.A.** contra la sentencia que profirió el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 2 de octubre de 2018; y adicionalmente conocer en grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones dicha sentencia.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que nació el 3 de agosto de 1960; que se afilió al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el entonces Instituto de los Seguros Sociales, desde el 21 de febrero de 1991, hasta el 30 de junio de 2000.

Adujo que, con el advenimiento de los fondos privados, se afilió a **PORVENIR S.A.** (anteriores Colpatria SA y Horizonte SA), desde julio de 2000, para posteriormente afiliarse a **PROTECCIÓN S.A.** (anteriores Santander SA e ING SA), desde mayo de 2002, donde se encuentra actualmente.

Se duele que los asesores ejecutivos de las mencionadas administradoras en el 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 ha revisado, 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 netos cotizados, con sus respectivos rendimientos y cuotas de administración descontadas, 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 accionadas a dar respuesta a la misma por intermedio de sus respectivos apoderados judiciales (folios 92 y ss. del expediente).

PROTECCIÓN S.A., hizo lo propio, y su contestación se observa a folios 92 al 120 del expediente.

A través de la misma, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas; negó los hechos de la acción, salvo los referidos a la afiliación, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación”, “asesoría adecuada y correcta”, “acto*

jurídico existente y válido”, “ausencia de vicios del consentimiento”, “ausencia de causa para pedir”, “ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada”, “imposibilidad de trasladar el porcentaje correspondiente a las cuotas de administración”, “convalidación del acto”, “prescripción” y “buena fe”.

COLPENSIONES describió el traslado de esta acción, según escrito visible a folios 154 y siguientes del expediente.

A través del mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; aceptó los hechos de la demanda referidos a la edad de la demandante, su afiliación a prima media y posterior traslado al régimen privado, y el agotamiento de la reclamación administrativa, negando los demás hechos, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“imposibilidad de traslado de régimen”, “improcedencia de la declaratoria de ineficacia”, “equivalencia del ahorro”, “imposibilidad de condena en costas” y “prescripción”.*

La AFP PORVENIR S.A. describió el traslado de esta acción, a través de escrito visible a folios 170 al 190 del expediente, oponiéndose a las pretensiones de la demanda; negó los hechos de la acción, salvo la afiliación de la demandante, y; formuló las excepciones de *“falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “enriquecimiento sin causa” y “prescripción”.*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 2 de octubre de 2018, la Juez de conocimiento, accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia desde el traslado a la primera administradora del régimen privado PORVENIR S.A., extendiéndose a la segunda AFP PROTECCIÓN S.A., imponiéndole a esta última, —como última administradora a la que se encuentra afiliada la demandante—, devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos generados.

Condenó en costas procesales a las dos administradoras del régimen privado demandadas, y a Colpensiones le impuso 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 PROTECCIÓN S.A., quien se opuso en su integridad a la sentencia de primera instancia y solicitó su revocatoria.

Sustentó la alzada, expresando que, en este caso no se dio la ineficacia en la afiliación, ya que en el interrogatorio la demandante confesó que el fondo privado no omitió brindar información, y que, el desconocimiento de la demandante, se dio por su propia omisión de no haber profundizado en el tema; agregó, que en este caso, no se probó ningún perjuicio en contra de la asegurada, ya que no al momento de trasladarse de prima media a ahorro individual, no tenía ningún derecho consolidado, en tanto contaba con muy pocas semanas cotizadas, haciéndose incluso imposible hacerle proyecciones.

Explicó que, del debate probatorio, quedó acreditado que la demandante recibía visitas de los asesores de los fondos privados, donde se le suministraba información, y; que, con la movilidad que tuvo hacia otros fondos dentro del mismo RAIS, se da cuenta de que en efecto conocía el funcionamiento de este régimen, merced a la información que recibía.

Subsidiariamente apeló la orden de devoluciones dada por la A quo, estimando que no hay lugar legalmente a que se devuelvan las sumas adicionales ordenadas.

Alegatos de Conclusión:

Encontrándose dentro de la oportunidad procesal, la Dra. Sonia Posada Arias, con TP. Nro. 51.898 del CSJ., como apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., y reasumiendo sus condiciones de defensa de la entidad, presentó alegatos de conclusión, a través de los cuales solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, reiterando los fundamentos legales y jurisprudenciales plasmados en la respuesta a la demanda, e insistiendo en la voluntariedad que llevó a la demandante a suscribir el formulario de afiliación a la entidad.

Asimismo, expresó que, a la demandante se le brindó la información suficiente, certera y oportuna, que le permitió conocer en detalle todas las particularidades del régimen pensional privado, y reprochó de la sentencia de primera instancia, la orden de devoluciones dada.

Por su parte, la apoderada judicial principal de la demandante, allegó escrito de alegaciones, a través del cual solicitó a este colegiado, que se desestimen los argumentos planteados en la apelación de la demandada, y se confirme la decisión de primer grado, al haber confluído los elementos de hecho y de derecho para que se configurara la ineficacia del acto de traslado.

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, 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 por ausencia de asesoría.-

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por la apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A.; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones, en virtud de la competencia de que se dispone, conforme al artículo 69 del CPT y SS., por conocer en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala de establecer si el traslado del RPM al RAIS que realizó la demandante, a través de PORVENIR S.A., como la primera administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad a la que se afilio¹, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos, y si en lo sucesivo, su traslado a otra administradora del mismo régimen (PROTECCIÓN S.A.), se constituye en una razón de peso suficiente, para desestimar la pretensa declaratoria de ineficacia que motivó esta litis.

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

¹ En su momento, en cabeza de COLPATRIA S.A. y HORIZONTES S.A., que fueron absorbidas por PORVENIR S.A., a través de negociación que se cerró el 31 de diciembre de 2013.

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 22 al 52, y que se repite a folios 123 y siguientes del expediente, se advierte que la señora ANGELA MARÍA OSORIO CASTRILLÓN, estuvo afiliada al entonces al Instituto de los Seguros Sociales (hoy Colpensiones), entre el 21 de febrero de 1991 y el 30 de junio de 2000, alcanzando a cotizar en el régimen de prima media con prestación definida, un total de 322,29 semanas.

Esa misma prueba documental, da cuenta de que, posteriormente, con efectos a partir del 1º de julio de 2000, se afilio a Pensiones Santander S.A., hoy PORVENIR S.A., en el marco del traslado de régimen pensional; y luego, dentro del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, se trasladó a PROTECCIÓN S.A. desde mayo de 2002, 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 ni PORVENIR S.A., ni PROTECCIÓN S.A. alcanzaron a probar dentro del proceso, haber brindado asesoría con suficiencia a la demandante, 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.

Las argumentaciones de la recurrente, direccionadas desde la arista del derecho común, conforme a lo cual destaca que a la accionante no se le generó ningún perjuicio con el traslado de régimen pensional, no son de recibo, ya que en tratándose de obligaciones de la seguridad social, las cuales son innegablemente cualificadas, ya que se fundamentan en la realización de derechos sociales, y consultan un amplio deber de información para el asegurado en materia pensional, no operan estas consideraciones de los contratos en general, ni tampoco relevan a los fondos de cumplir un especial deber de asesoramiento, estudio pormenorizado del caso concreto, y acompañamiento al asegurado, a efectos de que tome la decisión que más le convenga.

Así, la validez y producción de efectos de la afiliación no puede valorarse en términos de la causación de un perjuicio; tampoco por la simple suscripción de un formulario, ya que tal y como se ha visto, la jurisprudencia nacional ha identificado que por la esencia del acto de traslado y la inexorable y cabal información que debe darse, aun los silencios que el asesor profesional de la entidad de pensiones guarde, alcanzan a configurar la ineficacia.

Frente a esta línea de rigor jurídico que caracteriza el acto de traslado, y a partir de la identificación de las verdaderas causas que generan la ineficacia, resulta irrelevante que la señora demandante haya tenido o no consolidado un derecho pensional al momento del traslado, o que sea o no beneficiaria del régimen de transición, ya que, en cualquier caso, si no se da la información suficiente, se da la ineficacia.

La recurrente funda asimismo su censura con la decisión de primer grado, y pretende derruir sus sustentos, razonando que, en la diligencia de interrogatorio de parte, la actora confesó que recibió información en las visitas que recibió de parte de los respectivos asesores, y que dejó claro que las falencias en la misma, eran atribuibles a su propia omisión en profundizar sobre el tema. Al respecto, es justo indicar, que por sí mismas las visitas que hubiere podido recibir la actora, no denotan un cumplimiento satisfactorio de información por parte de la administradora; es evidente que en un caso como el

presente, donde existió movilidad entre varias administradoras del RAIS, existieron visitas de parte de los promotores de la afiliación. Pero de ahí a entender como confesiones las manifestaciones de la actora, donde narró los planteamientos básicos que le fueron informados, acerca de la extinción de la persona jurídica de derecho público del ISS, y otros asuntos, no llevan a la judicatura a formar el convencimiento en torno a un cabal proceso de asesoría.

En este mismo sentido, es evidente, conforme a la postura jurisprudencial vigente, que tampoco puede ser indicativo de que en realidad haya existido completa asesoría, la movilidad que tuvo la demandante, al pasar de PORVENIR S.A. a PROTECCIÓN S.A.

Es importante recordar que la tesis jurisprudencial aplicada, valora la importancia de la asesoría en términos de oportunidad, es decir cuando se da en el momento relevante y determinante del propio traslado, y no en etapas posteriores merced a movimientos dentro del mismo régimen privado, o incluso la existencia de re asesorías, que no alcanzar a desvirtuar la consecuencia jurídica de la ineficacia.

En consecuencia, se despachará desfavorablemente el recurso de alzada propuesto por la apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., debiéndose **confirmar** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado y posterior movilidad de la señora ANGELA MARÍA OSORIO CASTRILLON 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 S.A., encontrándose también afectado de ineficacia el acto de afiliación a PROTECCIÓN S.A., esto es, se encuentra válidamente afiliada al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

No obstante, esta Sala **ADICIONARÁ** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, de paso despachando

desfavorablemente la apelación subsidiaria formulada por la apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., que estima que no debe devolverse a Colpensiones las sumas adicionales de la aseguradora cobradas. Las razones jurídicas en las que se sustenta esta adición, 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, justificándose no solo la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, como lo estimó la A quo, sino también todos los descuentos realizados. Así las cosas, la adición al mencionado numeral consiste en:

La orden de devolución de sumas económicas que el A quo impuso únicamente a PROTECCIÓN S.A. como actual administradora a la que se encuentra afiliada la actora, se hará extensiva también a PORVENIR S.A., y no solo comprenderá lo ordenado, sino también las cuotas de administración que dichas administradoras hubieren cobrado a lo largo de la permanencia de la asegurada a dichos fondos; los valores descontados con destino al fondo de la garantía de la pensión mínima; y el eventual bono pensional que existiere, de conformidad al artículo 15 del Decreto 692 de 1994, y;

Se establecerá un pazo de treinta (30) días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A., a efectos de que dentro de dicho término remitan dichos valores a Colpensiones.

Finalmente, en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta, debe concluirse que, con la orden de recepción de los dineros ordenados –en los términos adicionados-, 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 2 INSTANCIA.

En esta instancia se han causado costas procesales, a cargo de PROTECCIÓN S.A., debiendo pagar a la demandante la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para 2020, a título de agencias en derecho de segunda instancia.

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 sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación y Consulta, en el sentido de hacer extensiva también a **PORVENIR S.A.** la orden de devolución de sumas a Colpensiones dada en primera instancia solo a **PROTECCIÓN S.A.**, y no solo comprenderá lo ordenado, sino también las cuotas de administración que dichas administradoras hubieren cobrado a lo largo de la permanencia de la asegurada a dichos fondos; los valores descontados con destino al fondo de la garantía de la pensión mínima; y el eventual bono pensional que existiere; devoluciones que deberán llevarse a cabo dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR esa misma sentencia en todo lo demás.

TERCERO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a pagar a la señora **ANGELA MARÍA OSORIO CASTRILLON** las costas procesales de segunda

instancia, fijándose agencias en derecho en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para 2020, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

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

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

Certifico:
Que el auto anterior fue notificado por
ESTADOS Nro. 107 fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal, a las 8 a.m.

Medellín, 10 de agosto de 2020

Secretario