

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	EPITACIO LONDOÑO MONZON
DEMANDADOS	COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS S.A.
RADICADO	05001-31-05-003-2017-00940-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca y Confirma

Medellín, cuatro (04) de junio 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 **EPITACIO LONDOÑO MONZON** en contra de **COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A.** y de la **AFP COLFONDOS 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 029**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y de COLFONDOS S.A., contra la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 26 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 el actor, quien nació el 10 de enero de 1954, se vinculó al sector público desde 1985, prestando sus servicios para la Dirección Seccional de Antioquia, y posteriormente, en el año 1992 se vinculó con el ESE San Juan de Dios de Yarumal, desde 2003 se encuentra en el sector privado, razón por la que alcanza más de 1300 semanas cotizadas.

Que inició cotizaciones al régimen de prima media desde el mes de agosto de 1994, cuando entró en vigencia la ley 100 de 1993, y que dicha afiliación tuvo vigencia hasta el mes de abril de 1999, momento en que fue abordada por un empleado de Porvenir S.A., quien al momento de ofrecerle la posibilidad de traslado, no le explicó las ventajas y desventajas de ese régimen pensional,

tampoco se le indicó lo grave que sería su situación al momento de pensionarse ni mucho menos, que perdería su derecho al disfrutar de las prerrogativas del régimen de transición, y que si le hubieren dado una explicación real y completa de la forma en cómo accedería a la pensión de vejez, no se habría trasladado.

Que en el mes de octubre de 2001 se trasladó a Colfondos S.A. en las mismas condiciones, es decir, sin la asesoría de forma completa y con los elementos necesarios, máxime que en esa fecha aún podía regresar al Régimen de Prima media.

Que en el 30 de septiembre de 2002 se trasladó nuevamente a Porvenir S.A., pero tampoco le fue brindada la información de manera completa.

Dijo que en esos actos de traslado de evidencia el vicio en el consentimiento al no suministrarle al demandante una información con elementos de juicio que le diera la posibilidad de conocer las características y evaluar si estaba acorde a sus expectativas.

Que el demandante acredita en su haber una densidad superior a 1550 semanas, y pese a esto, la AFP le hizo proyección y le manifestó que no accedería a la prestación, en cambio, el Régimen de prima Media tendría una mesada pensional de \$924.523 para el año 2016.

Indicó que el 20 de octubre de 2016 presentó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el regreso al Régimen de Prima media, sin embargo, la solicitud fue negada a través de comunicado con fecha del 01 de noviembre de 2016.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial esta dirigida a que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por PORVENIR S.A., posteriormente por COLFONDOS S.A., y viceversa, en

consecuencia, se declare que el actor ha permanecido sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y que se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados por el demandante, y a esta última entidad, recibir todos esos valores y activar su afiliación al régimen que administra, como si nunca hubiese dejado de pertenecer al mismo; se condene a Colpensiones a reconocer y pagar pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en subsidio la dispuesta en el artículo 33 de la misma ley 100; al pago de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993; y condenar a las demandadas al pago de 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 98 y ss. del expediente).

COLFONDOS S.A. contestó demanda como se observa a folios 98 a 116, oponiéndose a las pretensiones de la demanda; indicó que no le constan los hechos que dieron lugar a la presente acción; y propuso para su defensa las excepciones que denominó “Falta de causa para demandar, buena fe de la entidad, prescripción, compensación e inexistencia de la causal de traslado impetrada”.

COLPENSIONES describió el traslado de esta acción, según escrito visible a folios 130 a 134 del expediente. A través del mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; aceptó la edad del demandante, su vinculación con el sector público, fecha de afiliación al ISS, y los traslados en el RAIS, negando los demás hechos, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“Improcedencia de declarar ineficaz o nulo la afiliación al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir*

S.A. y Colfondos S.A., prevalencia de la autonomía de la voluntad privada, prescripción, compensación e imposibilidad de condena en costas”.

PORVENIR S.A., por su parte, allegó contestación a la demanda, visible a folios 148 y siguientes del expediente, donde se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas; negó los hechos de la acción, salvo la edad de la demandante y lo referente a la afiliación a PORVENIR SA, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“Prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica”*.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 26 de noviembre de 2019, el Juez de conocimiento, en el transcurso de la diligencia impuso a la AFP PORVENIR SA, sanción de que trata el artículo 14 de la Ley 1285 de 2009, en un valor de dos salarios mínimos mensuales legales vigentes por no haber atendido requerimiento judicial.

Declaró que COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. faltaron a su deber de asesoría en el traslado de régimen del demandante, por lo que declaró ineficaz el mismo, señalando que por la falta de información, el demandante sufrió un daño y perjuicio al acceso real y efectivo a la Seguridad Social en pensiones del demandante, y en el monto de la pensión de vejez que le correspondería el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con respecto a la que hubiere obtenido en prima media, y que COLPENSIONES es un tercero absoluto en el acto de traslado; que el actor causó el derecho a la pensión de vejez, conforme e régimen de transición dispuesto en el Artículo 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con la Ley 71 de 1988, supeditando el disfrute al retiro del sistema pensional.

Como consecuencia de dichas declaraciones, condenó a PORVENIR S.A., que, a partir del retiro definitivo del sistema pensional, reconozca, liquide y pague al señor EPITACIO LONDOÑO MONZON la pensión de vejez, bajo los parámetros del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con la ley 71 de 1988 –bajo las reglas del régimen de prima media-, y que una vez liquide y pague dicha prestación, solicite a COLPENSIONES la liquidación de un cálculo actuarial con fines de subrogación, y que proceda al mes siguiente a su expedición al pago del mismo, utilizando los saldos que la actora tenga reunidos en su cuenta de ahorro individual y rendimientos, y que una vez COLFONDOS S.A. pague a COLPENSIONES el cálculo actuarial, se subroga en COLPENSIONES para que esta entidad continúe con el pago de dicha prestación a futuro. Autorizó a Porvenir S.A. que cobre a COLFONDOS S.A. por escrito, el pago del 10% del cálculo actuarial que pague a COLPENSIONES.

Le impuso condena en costas a PORVENIR SA.

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

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la activa, por COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

Apelación PORVENIR S.A.

Indicó que el juzgado no tuvo en cuenta el material probatorio arrimado al proceso, por cuando este se puede dar fe de que el actor tenía intención de estar en el RAIS, razón por la que suscribió el formulario de afiliación a Porvenir S.A; que ello se confirma cuando este se trasladó a COLFONDOS S. A., entidad que administra el mismo régimen; que, además, no se puede decir que el actor sea beneficiario del régimen de transición, pues como ha quedado

demostrado, si bien al 01 de abril de 1994 el actor tenía 40, lo cierto es que no tenía 750 semanas al 29 de julio de 2005.

Indicó que el actor ha permanecido afiliado al régimen de ahorro individual en razón a que sus situaciones económicas y financieras le favorecen si sigue afiliado a dicho régimen, toda vez que no le es exigible cumplir con las 1300 semanas, más aún cuando se evidencia que su pensión, en cualquier régimen sería del salario mínimo.

Adicionalmente indica que el demandante contó con una real asesoría por parte de Porvenir S.A., y que conforme la libre escogencia el decidió trasladarse de régimen, y que también corresponde a Colpensiones asesorar a sus potenciales clientes al momento de vincularse con esa entidad, y no se puede hablar de que este es un tercero no responsable, toda vez que normativamente se dispone que estos también deben asesorar a sus clientes.

Destacó que en la legislación colombiana no se consagra que las prestaciones del régimen de prima media puedan ser pagadas por las administradoras del RAIS, por lo que no es viable una condena como la que dispuso el juez de primer grado, y la única sanción aplicable en este tipo de procesos, es la ineficacia de la afiliación y retrotraer todo a su estado inicial.

Dice que no se probó el daño y perjuicio que indica el juez, máxime cuando no se solicitó este concepto en el líbello genitor, y que tampoco se probó que los aportes hayan presentado deterioro en su cuenta de ahorro individual.

También indicó que como no se evidenció un daño por parte de su representada, no se podía ordenar ningún tipo de subrogación pensional, pues esta solo procede cuando existe un contrato con Colpensiones y un empleador que tiene a cargo su pasivo pensional, y este traslada el valor de sus obligaciones pensionales a Colpensiones para que este asuma el pago, situación que no se enmarca en el caso en concreto.

Que tampoco está de acuerdo con la sanción impuesta, por lo que solicita se revoque la sanción impuesta por no atender requerimiento judicial realizado por el juzgador de primera instancia, dado que se tiene que a través de oficio radicado el pasado 07 de noviembre de 2019 se respondió el mismo.

Apelación de COLFONDOS S.A.

Por su parte, la apoderada judicial de COLFONDOS S.A., se adhiere a los fundamentos sustentados en el recurso de la AFP Porvenir S.A., y solicita que se aplique la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que indica que la consecuencia jurídica de la ineficacia de la afiliación conlleva a retrotraer las cosas al estado inicial y se ordene la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual del actor que hoy es administrada por la AFP PORVENIR SA, con destino a COLPENSIONES, y que sea esta la encargada de pagar la pensión de vejez del demandante conforme el Régimen de prima Media y reconociendo su régimen de transición.

Alegatos de Conclusión:

En su debida oportunidad, el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, portador de la T.P. 115.849 del C.S. de la J., a quien este Despacho reconoce personería para actuar en calidad de apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. conforme poder arrimado al plenario, presentó alegatos de conclusión indicando que el acto jurídico de traslado posee objeto y causa lícita, y que contra el no se pueden alegar los vicios del consentimiento establecidos en el art. 1598 del Código Civil, además que la ley 100 de 1993 establece que cada persona es libre de escoger el régimen que le interese más, o le beneficie mejor, y que, quien atente contra ese derecho tendrá sanciones administrativas.

Que se demostró que la parte actora realizó su acto de traslado de forma libre y voluntaria, momento en el cual se le brindó la información oportuna y completa, situación que quedó plasmada en el formulario de afiliación, además, que la parte actora demostró su intención de continuar en el RAIS de forma libre y voluntaria por cuanto permaneció en el régimen privado permitiendo los descuentos de aportes con destino al fondo, verificándose la voluntad del afiliado.

.dice que no se le puede imponer una carga jurídica diferente a la que dispone la ley al momento en que se realizó el traslado de afiliación, pues eso acarrea una violación al debido proceso y a la confianza legítima, más aún, cuando el afiliado, en ese momento era totalmente capaz, y se le brindó toda la información necesaria para conocer aspectos generales del régimen, pero adiciona que el actor nunca utilizó los canales de atención para clarificar las situaciones que fueran relevantes para él.

Dice que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 113 de la ley 100 de 1993, que establece cuáles son los dineros que deben ser trasladados para el caso del cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, lo cual impide que se pueda ordenar el traslado de otro tipo de emolumentos, toda vez que solo estos están destinados a la financiación de la eventual pensión del demandante, y ordenar la devolución de cuotas de administración, es como ordenarle a una aseguradora que devuelva el valor de la póliza si no se utilizara la misma.

Por su parte, el Dr. ANDRÉS CÁRDENAS BOADA, con TP Nro. 301.116 del CSJ, como apoderado judicial sustituto de COLPENSIONES, a quien se le reconoce personería jurídica amplia y suficiente para representar los intereses de la entidad, allegó alegatos de conclusión.

A través de los mismos, solicitó se revoque la declaratoria de ineficacia, indicando que el demandante se trasladó de régimen de forma voluntaria, firmó el formulario sin presiones, y ese era el único requisito que había en esa época para que se surtiera de forma legal del acto de traslado, y destacó que en el

caso de las ineficacias, los valores devueltos son insuficientes para financiar las pensiones de los afiliados.

Citó sustentos legales y diferenció las instituciones jurídicas de la ineficacia y la nulidad, e hizo un recuento del desarrollo jurisprudencial que ha tenido el tema de la ineficacia a lo largo del tiempo, y llamó la atención de este colegiado sobre aspectos legales a tener en cuenta al momento de proferirse esta decisión y los valores que deben ser devueltos en caso de confirmar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

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 PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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 y el derecho pensional de la actora, 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 RPM al RAIS que realizó la demandante a través de PORVENIR S.A., posteriormente a COLFONDOS S.A. y regresando a 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 que en tal virtud se efectúe, teniendo movilidad entre del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de dicho cambio.

Más que simplemente tratarse del paso de un régimen de reparto que constituye un fondo público común, a un régimen fundamentado en el ahorro del propio asegurado, el fondo privado que recibe a la persona trasladada, a través del agente adscrito a la administradora, debe garantizar al interesado una completa ilustración de las ventajas y desventajas que le representa en su caso concreto ese cambio. Y no se trata de una simple información o encuesta que se limite a indagar por los datos generales del afiliado, sino que debe corresponder a un examen real y profundo sobre todo su contexto laboral, familiar, económico e incluso social, de cara a la decisión que más convenga frente a los dos regímenes pensionales, en el marco del derecho a su libre elección.

De no realizarse esa antesala de asesoría, se afecta la eficacia y validez del acto de traslado, el cual será ineficaz, entendiéndose que el traslado nunca existió. Ello por cuanto, 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 subrayar, 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 luego de haber empezado a desarrollar una línea jurisprudencial desde el año 2008 (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008), que fue decantando su posición a través del desarrollo de instituciones como *“el buen consejo”*, *“la inversión de la carga de la prueba”*, además de avanzar en la consolidación del concepto propio de la seguridad social, al pasar de entender que, más que tratarse de una simple nulidad, lo que se presentaba con la ausencia de información, era la Ineficacia, como sanción propia del acto jurídico en estos temas (Sentencias 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), concluyó en una pacificada jurisprudencia (**sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019**), que en la actualidad continúa manteniendo su mismo sentido (Sentencia SL 3199 de 2020 entre otras).

Esta línea jurisprudencial, parte de destacar, que el deber de información es ineludible; que existe y se hace exigible, desde la propia creación de los regímenes pensionales que introdujo la Ley 100 de 1993, sin importar que, si bien se han promulgado normas más recientes en las que se ha desarrollado el tema (numeral 1º del Artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el Artículo 23 Ley 795 de 2003; Artículo 9 de la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2555 de 2010), se trata de una obligación que deriva de la propia Ley 100 de 1993, que promulgó la existencia de los dos regímenes pensionales, y el derecho a la libre elección.

También ha quedado claro, que a nivel procesal, el tema 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 preciso, asimismo, tener en cuenta, que para la Sala de Casación Laboral (SL 1688 de mayo de 2019), *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

Esta postura es consecuente con los postulados que rigen en materia social, conforme a los cuales en el juicio jurídico sobre los derechos de los trabajadores y los afiliados a la seguridad social, resulta más relevante la realidad que los formalismos; la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrado la formación del derecho a la pensión, y; el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, es el primero, 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 eventualmente exista movilidad 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 de las argumentaciones esbozadas por el A quo en la sentencia de primera instancia, las referidas a la ineficacia y a las obligaciones profesionales que recaen en cabeza de la administradora de pensiones, son acertadas.

Baste decir en tal sentido, que los argumentos de las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., tendientes a derribar la sentencia de primera instancia por haber declarado la ineficacia en la afiliación, no son de recibo, en tanto no alcanzaron a probar, en especial, PORVENIR S.A., haber brindado asesoría con suficiencia al demandante en su proceso de traslado, sin que sea pertinente sostener que la prueba de la ausencia de asesoría deba ser una carga procesal del demandante, que la suscripción del formulario denote el cumplimiento de esas obligaciones, o que deba existir la configuración y prueba de un perjuicio significativo para poder predicar la configuración de esta sanción.

Por lo demás, los argumentos presentados por las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. en su recurso de alzada, en orden a derribar la declaratoria de ineficacia, como el atinente que en el RAIS existe la garantía de la pensión mínima, o que el juez motivó su sentencia haciendo referencia a cifras sobre los ingresos obtenidos por los fondos privados merced a su actividad financiera, o, incluso, que la entidad actuó de buena fe, no resultan ser condiciones jurídicas de peso que lleven a este colegiado a revocar la declaratoria de ineficacia.

Ahora, con relación a lo manifestado en cuanto a que el actor conocía las características esenciales del régimen de ahorro individual y con por ello tomó la decisión de trasladarse de régimen pensional, ello no es así, en tanto sus dichos, es decir, en su interrogatorio de parte, se indicó que, si bien fue ilustrado de algunos aspectos, como algunos beneficios, no quiere decir que se le haya dado una debida y completa asesoría y que con lo indicado en ese momento se hubiere tenido certeza de que lo más beneficioso fuera efectivamente trasladarse de fondo pensional.

A partir de lo anterior, esta Sala no encuentra procedentes los argumentos vertidos en la apelación de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. dirigidos a desvirtuar la declaratoria de ineficacia del traslado.

Así las cosas, sin que exista ninguna duda en cuanto a que existen unas obligaciones de asesoría y buen consejo en cabeza de las AFP que se erigen en inexorables en el despliegue de su actividad, creadas desde la misma concepción de los dos regímenes pensionales, y no a partir de recientes normas; cuando las mismas no se cumplen, se genera la consecuencia jurídica de la ineficacia, como una sanción propia en materia del trabajo y de la seguridad social.

En consecuencia, esta Sala **CONFIRMARÁ** los numerales 1º, 2º, 4º y 5º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en cuanto, respectivamente declararon que, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. faltaron a su deber legal de asesoría en el traslado de régimen de la demandante, declaró la ineficacia del mismo, entendiéndose para todos los efectos que el señor EPITACIO LONDOÑO MONZÓN siempre ha pertenecido al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y que las AFP demandadas son responsables profesionalmente de la declaratoria de la ineficacia.

Al respecto, es preciso destacar, que el análisis de requisitos que el juez de primera instancia realizó en la sentencia, y conforme al cual concluyó que el actor cumple con los requisitos de edad y semanas de cotización establecidos

en la Ley 71 de 1988 en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para acceder a su pensión, una vez se retire del sistema pensional, son acertados, ya que el señor EPITACIO LONDOÑO MONZÓN, al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 tenía más de 40 años de edad, y al 29 de julio de 2005 tenía en su haber más de 750 semanas cotizadas, cumplió los 60 años de edad el 10 de enero de 2014, fecha para la cual ya tenía acreditadas las 1.000 semanas de cotización, debiendo ser COLPENSIONES quien pague su prestación pensional, una vez ocurra el retiro definitivo del sistema pensional, momento para el cual la liquidación de la prestación deberá llevarse a cabo conforme a las condiciones que alcance a acreditar la actora en el IBL y monto de la prestación.

Así las cosas, serán **REVOCADOS** los numerales 6º al 9º de la parte resolutive de esa misma sentencia, en cuanto le impusieron a PORVENIR S.A. la obligación de reconocer la pensión de la demandante bajo las reglas de un régimen completamente ajeno a esa entidad y pagar la subrogación a COLPENSIONES para que continúe pagando la prestación, y el recobro indicado a COLFONDOS S.A. en favor de PORVENIR S.A., teniendo en cuenta que dichas decisiones no se ajustan al sentido de la jurisprudencia nacional, y además no resultan procedentes, en tanto el actor no se ha retirado del sistema pensional, y por ende, aun no puede acceder a su derecho, aunque ya se encuentre causado.

En su lugar, se ordenará a la AFP PORVENIR S.A., que dentro del término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladar a COLPENSIONES, todos los conceptos que a lo largo de la permanencia del asegurado en dicho fondo haya percibido bajo el concepto de cotizaciones, lo cual incluye cuotas de administración, sumas de aseguradoras, garantía de pensión mínima y los rendimientos financieros, así mismo se ordenará a COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los conceptos que por cuotas de administración, sumas de aseguradoras y garantía de pensión mínima haya recibido durante la afiliación del señor LONDOÑO MONZON, debidamente indexados, y a esta última, se ordenará que reciba dichos dineros, los convierta a semanas cotizadas, reactive la

afiliación del asegurado al régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en el momento del retiro definitivo del sistema pensional de la actora, le pague su prestación pensional, calculándola conforme a las condiciones de IBL y monto que de acuerdo a la ley tenga acreditadas para ese momento.

De esta manera, tal decisión se acompasa con el efecto consecuencial a la ineficacia, cual es que todas las cosas regresen a su estado anterior al traslado de régimen pensional.

Conforme a lo anterior, encuentra el despacho, que le asiste razón a las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., al estimar improcedente la orden de reconocimiento pensional otorgado al accionante, sin perjuicio de tener por causado el derecho pensional del actor, el cual estará a cargo de COLPENSIONES, en las condiciones anotadas.

El dislate en la línea jurisprudencial en que incurrió el A quo, consiste en pretender imponer a una administradora del régimen de ahorro individual un reconocimiento pensional bajo las reglas del régimen de prima media con prestación definida, ordenando de por medio la liquidación de un cálculo actuarial completamente impropio para estos casos¹.

Es preciso reseñar que, los argumentos planteados por la apoderada judicial de PORVENIR S.A. en su recurso, conforme a los cuales considera que no deben trasladarse los gastos de administración a COLPENSIONES, por estar contemplados en la ley para ambos regímenes, es un argumento que no se acepta, ya que precisamente esa razón es la que impone la obligación de su traslado a prima media, en tanto no podría afectarse la sostenibilidad financiera del sistema, ni imponerse a COLPENSIONES la carga de ver diezmada la cotización de la parte actora, cuando no fue la entidad que dio lugar a la ineficacia.

¹ El tema de la subrogación pensional, al tenor de lo establecido en las sentencias de casación SL 16.838 de 2016, SL 4.103 de 2017 y SL 4.934 de 2017, entre otras, se refiere a aquellos casos de empleadores que tenían a cargo el reconocimiento de pensiones de conformidad al artículo 260 del CST., y que con motivo de la derogatoria de dicha disposición por virtud del artículo 289 de la Ley 100 de 1993, se subrogaron en COLPENSIONES para el reconocimiento a cargo de esta entidad de las pensiones correspondientes.

Con respecto a tener a COLPENSIONES por un tercero ajeno a las circunstancias de ineficacia, se trata de un punto que no amerita mayores argumentaciones, ya que no resulta del todo falso que sí lo sea, en tanto no participó en el negocio jurídico que se declaró ineficaz, y en el momento en que no accedió a lo solicitado por reclamación administrativa, estaba dando estricto cumplimiento a la ley, al no ser de quien dependía la declaratoria de ineficacia, en ese sentido se confirmará el numeral 3° de la sentencia.

Con todo, es claro que, al retornar la demandante al régimen pensional que administra COLPENSIONES sin solución de continuidad, será la entidad competente para en su momento reconocerle la pensión de vejez a la asegurada, una vez se verifique el retiro definitivo del sistema pensional, y en este sentido, se revocará el numeral 11°, toda vez que este absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Ahora bien, con respecto a la multa impuesta a la AFP PORVENIR S.A., y verificada la actuación obrante en el plenario, se tiene que en audiencia pública celebrada el 05 de febrero de 2019 (FL. 243 y ss), y donde se llevó a cabo la diligencia establecida en el artículo 77 del CPTSS, se ordenó de oficio a PORVENIR S.A. que diez (10) días antes de la fecha de la audiencia de trámite y juzgamiento, allegara proyección pensional del actor, tanto en el Régimen de Prima media como en el Régimen de Ahorro Individual.

Fijada la fecha de audiencia de trámite y juzgamiento para el día 26 de noviembre de 2016, misma que efectivamente se llevó a cabo en esa fecha (fls. 265 y ss) y en la misma se impuso sanción y la notificó en Estrados.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que el Juez de primer grado fundamentó la sanción correccional en las disposiciones establecidas en la ley 270 de 1996 y el artículo 14 de la Ley 1485 de 2009, a lo que debe indicarse que de conformidad con el artículo 59 de la Ley 270 de 1996, contra dicha sanción solo procede el recurso de reposición ante el funcionario que la impuso, y efectivamente, solo este funcionario puede resolver ese recurso, así las cosas, no es procedente pronunciarse sobre el asunto.

La sentencia de primera instancia se confirmará en todo lo demás.

En esta instancia no se han causado costas procesales, por haber prosperado parcialmente la apelación formulada por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

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: CONFIRMAR los numerales 1º,2º,3º,4º,5º, 10º y 12º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, que se conoce en Apelación y Consulta, de fecha y procedencia conocidas, en cuanto declararon que **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** faltaron a su deber legal de asesoría en el traslado de régimen del demandante, declarando la ineficacia del mismo, entendiéndose para todos los efectos que la señora **EPITACIO LONDOÑO MONZON** siempre ha pertenecido al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, sin solución de continuidad, y que es esta la entidad que deberá pagarle las prestaciones económicas de la seguridad social que llegue a configurar, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales 6º al 9º Y 11º de la parte resolutive de esa misma sentencia, en cuanto le impusieron a **PORVENIR S.A.** la

obligación de reconocer la pensión de la demandante bajo las reglas de un régimen completamente ajeno a esa entidad y pagar la subrogación a **COLPENSIONES**, que concedió la facultad de recobro del 10% a COLFONDOS S.A. y en favor de PORVENIR S.A., y absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones de la demanda, para en su lugar **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, que dentro del término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladar a **COLPENSIONES**, todos los conceptos que a lo largo de la permanencia de la asegurada en dicho fondo, haya percibido bajo el concepto de cotizaciones, lo cual incluye cuotas de administración, sumas de aseguradoras, garantía de pensión mínima y los rendimientos financieros, así mismo se **ORDENA** a **COLFONDOS S.A.**, trasladar en ese mismo término y con destino a **COLPENSIONES**, todos los conceptos que por cuotas de administración, sumas de aseguradoras y garantía de pensión mínima haya recibido durante la afiliación del señor LONDOÑO MONZON, debidamente indexados de conformidad a lo expuesto.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES**, que reciba dichos dineros, los convierta a semanas cotizadas, reactive la afiliación del señor **EPITACIO LONDOÑO MONZON**, al régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en el momento del retiro definitivo del sistema pensional del actor, le pague su prestación pensional, calculándola conforme a las condiciones de IBL y monto que de acuerdo a la ley tenga acreditadas para ese momento, de conformidad a lo expuesto.

CUARTO: ABSTENERSE de imponer costas procesales de segunda instancia, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: 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 ° 098 del 8 de junio de 2021.

Consultable aquí:

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