

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	FABIO ALFONSO CASTRO MONTOYA
DEMANDADOS	COLPENSIONES, y AFP COLFONDOS S.A.
RADICADO	05001-31-05-003-2019-00733-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia de la afiliación, Multi - afiliación y pensión de vejez
DECISIÓN	Revoca parcialmente, modifica y confirma.

*Medellín, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022).*

*Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual*

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede la Sala a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **FABIO ALFONSO CASTRO MONTOYA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **AFP COLFONDOS S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 028**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

## **I. – ASUNTO**

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 17 de febrero de 2022.

## **II. – HECHOS DE LA DEMANDA**

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que el actor nació el 13 de mayo de 1957, contando en la actualidad con más de 62 años de edad.

Que el día 26 de diciembre de 2012, el demandante recibe una comunicación de la AFP COLFONDOS S.A., mediante la cual se le informa que sus aportes pensionales fueron trasladados a COLPENSIONES desde el 14 de febrero de 2011, y así se evidencia en el reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES.

Luego el día 22 de agosto de 2019, la AFP COLFONDOS S.A., le informa al demandante que el estado de su afiliación es INACTIVA, y que sus aportes pensionales fueron trasladados al Fondo de Pensiones ING COLMENA, quien a su vez asegura que los aportes fueron trasladados a COLPENSIONES.

Que mediante resolución N° SUB-227539 del 22 de agosto de 2019, COLPENSIONES se declara incompetente para resolver la solicitud pensional, indicando que el actor se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el día 30 de abril de 1997, y que en el aplicativo de afiliaciones registra la novedad de “anulación traslado de ingreso o egreso” con fecha 2 de febrero de 2011.

Aduce el escrito introductorio, que según la historia laboral expedida por COLPENSIONES, el actor registra 1.425 semanas cotizadas entre el 6 de abril de 1979 y el 30 de junio de 2019.

Que el 19 de septiembre de 2019, el actor le solicita a COLPENSIONES el retorno al régimen de prima media con prestación definida, pero dicha entidad emite respuesta negativa, argumentando que dicho traslado resulta imposible por faltarle menos de 10 años para arribar a la edad pensional, y no contar con 15 años de servicios al momento de cobrar vigencia el sistema general de pensiones, procediendo dicha administradora a anular el traslado entre regímenes pensionales efectuado en el año 2011.

Señala libelo genitor, que el actor también le solicitó a COLFONDOS S.A., mediante derecho de petición de fecha 18 de septiembre de 2019, el traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, recibiendo respuesta negativa el día 7 de octubre de 2019, donde se le hace saber que ya no figura como afiliado de dicho fondo.

Por último, indica la parte activa que el traslado entre regímenes pensionales efectuado en el año 1997, se encuentra afectado en su validez, pues al actor no se le explicó las consecuencias jurídicas que implicaría su traslado, generándole un vicio en el consentimiento, toda vez que la información suministrada por el asesor comercial de COLFONDOS S.A., fue errónea y engañosa, y su situación actual es de completa confusión y desamparo, pues no sabe ante qué fondo o administradora debe materializar su derecho pensional, que en todo caso es fundamental e irrenunciable.

### **III. – PRETENSIONES**

La acción judicial esta dirigida a que se declare la ineficacia del traslado del señor FABIO ALFONSO CASTRO MONTOYA del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, y que siempre ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y que, en consecuencia, se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones realizadas al régimen de capitalización, 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; y con base en estas reconocerle una pensión de vejez bajo los postulados del régimen de prima

media con prestación definida, lo que ultra y extra petita resulte acreditado en el plenario, y que las costas del proceso queden a cargo de ambas codemandadas.

#### **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.

COLPENSIONES describió el traslado de esta acción, según consta en el archivo PDF N° 4 anexado al expediente digital, a través del mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; aceptó la edad del demandante, el número de semanas cotizadas, la fecha de afiliación al ISS, su posterior traslado al RAIS en el año 1997 y las solicitudes elevadas, negando e indicando que no le constan los demás hechos, y que en todo caso el demandante se encuentra válidamente afiliado a la AFP COLFONDOS S.A., fondo que debe atender su solicitud pensional, pues el traslado al régimen de prima media con prestación definida efectuado en el año 2011 fue anulado; y propuso las excepciones perentorias que denominó: *“IMPROCEDENCIA DE DECLARAR INEFICAZ LA AFILIACIÓN AL SISTEMA DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD ADMINISTRADO POR LA AFP COLFONDOS S.A.; INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN; RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; BUENA FE, COMPENSACIÓN, LA INNOMINADA; DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS RECURSOS COTIZADOS; Y PRESCRIPCIÓN”*.

A su turno, la AFP COLFONDOS S.A. contestó demanda como se verifica en el expediente digital, oponiéndose a las pretensiones de la demanda; aceptó los hechos referentes a la fecha de nacimiento del actor, el número de semanas cotizadas, y su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1º de mayo de 1997, que no es cierta la existencia de un

vicio en el consentimiento derivado de la omisión al deber objetivo de información en materia pensional, y que por el contrario al demandante si se le dio información suficiente, completa y veraz al momento de materializarse su traslado entre regímenes pensionales, por lo que su decisión fue consiente, libre, y voluntaria, sin que le consten los restantes supuestos facticos que aluden a COLPENSIONES; y propuso para su defensa las excepciones que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; BUENA FE; INNOMINADA O GENÉRICA; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO; COMPENSACIÓN Y PAGO”*.

## **V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

En audiencia pública celebrada el 17 de febrero de 2022, el Juez de conocimiento, declaró que el señor FABIO ALFONSO CASTRO MONTOYA se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y que es esta última entidad la que está obligada a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez bajo los requisitos previstos en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9º de la Ley 797 de 2003, por contar con más de 62 años de edad y 1.300 semanas cotizadas, a partir del 25 de enero de 2020, fecha en que cesó su vinculación laboral.

De otro lado, absolvió a COLFONDOS S.A. de todas las pretensiones y cargos formulados en su contra, sin perjuicio de la eventual acción judicial que COLPENSIONES pueda impetrar en su contra, en virtud del principio jurídico de responsabilidad y los daños causados a dicha entidad.

Y finalmente impuso las costas procesales a cargo de COLPENSIONES, y a favor del demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

Como fundamento de su decisión, estimó el juez de primer grado que de la prueba documental obrante en el plenario está probado que el actor era cotizante activo de COLPENSIONES para la fecha en que dejó de laborar, y en aplicación del principio de coordinación administrativa al que alude el inciso 2º del art. 209 de la Constitución Política de 1991, era deber de las accionadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. definir a que fondo se encontraba afiliado el actor, no obstante, en virtud del principio de favorabilidad, la pensión de vejez estará a cargo de COLPENSIONES, pues fue a esta última administradora donde se realizaron los aportes pensionales, la liquidación deberá realizarse bajo los parámetros del art. 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 25 de enero de 2020.

## **VI. – RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La apoderada judicial de COLPENSIONES, se opuso a la condena formulada contra la entidad, pues en su sentir, dicha prestación económica debe ser asumida por COLFONDOS S.A., solicitándole a este Tribunal de Distrito Judicial, se revise muy bien la respuesta dada por COLFONDOS al actor en la fecha 7 de octubre de 2019, pues aunque esta no sea muy legible, si se puede inferir que el traslado del actor a COLPENSIONES no fue aceptado en realidad, y por ende la pensión de vejez que reclama el demandante debe ser asumida por la AFP COLFONDOS S.A., pues este fondo privado de pensiones no le informó al actor que su traslado a COLPENSIONES no había sido aceptado, propiciando una confusión al respecto.

### **Alegatos de Conclusión:**

En su debida oportunidad, los apoderados judiciales de las partes, presentaron sus alegatos de conclusión, exponiendo los fundamentos de fácticos y jurídicos por los cuales consideran que la sentencia de primer grado, debe confirmarse, modificarse, y hasta revocarse, en relación a las problemáticas estudiadas en la primera instancia, relativas a la declaratoria de ineficacia, la multi afiliación, y el reconocimiento de la pensión de vejez.

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. – Ineficacia del traslado, Multi - afiliación y pensión de vejez. -**

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por la apoderada judicial de COLPENSIONES, sin perjuicio del grado jurisdiccional de consulta que también le asiste a esta administradora pública de pensiones en esta instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del CPT y SS., por ello la Sala deberá analizar a que administradora o fondo de pensiones se encuentra válidamente afiliado el demandante FABIO ALFONSO CASTRO MONTOYA, y si este a su vez reúne los requisitos legales para acceder a una pensión de vejez.

En primer lugar y dado que no fueron objeto de controversia, en el presente proceso quedaron acreditados los siguientes hechos:

-Que el señor FABIO ALFONSO CASTRO MONTOYA, nació el 13 de mayo de 1957, por lo que cumplió 62 años de edad el mismo mes y día del año 2019, según se aprecia en la copia de su documento de identidad anexado con la demanda (archivo PDF N° 003)

Que el señor FABIO ALFONSO CASTRO MONTOYA, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES el día 6 de abril de 1979, a través del empleador "ARQUITECTOS E INGENIEROS AS", según se aprecia en la historia laboral expedida por COLPENSIONES.

-Que el señor CASTRO MONTOYA se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., con efectividad a partir del 1° de mayo de 1997, según se aprecia a folios 60 y ss del archivo PDF N° 003.

-Que según comunicación de fecha 7 de octubre de 2019, expedida por la AFP COLFONDOS S.A., el actor se trasladó nuevamente al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES en virtud de una solicitud que hiciera en tal sentido el día 9 de diciembre de 2010, según se aprecia a folios 55 y ss del archivo PDF N° 003.

- Que el señor CASTRO MONTOYA, elevó solicitud pensional ante COLPENSIONES el día 13 de mayo de 2019, pero dicha entidad mediante resolución N° SUB-227539 del 22 de agosto de 2019, decidió negar la pensión de vejez deprecada, declarándose incompetente, por encontrarse el actor afiliado al RAIS, debido a una anulación de traslado acontecida en el año 2011.

-Y finalmente está probado con la HISTORIA LABORAL más reciente actualizada al 13 de enero de 2020, misma que fue aportada por COLPENSIONES (folios 107 y ss del archivo PDF N° 04), que el señor CASTRO MONTOYA registra un total de 1.591,57 semanas cotizadas hasta el 31 de octubre de 2019, advirtiéndose allí mismo que entre los ciclos de mayo de 1997 y enero de 2011, se registra la siguiente observación: *“PAGO RECIBIDO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL POR TRASLADO”*

En el presente asunto, debe recordarse que el juez de primer grado, decidió la abordar la problemática expuesta en el escrito introductorio, como un asunto de simple multi-afiliación, al estimar que las codemandadas, no dieron observancia al principio de coordinación administrativa al que alude el inciso 2° del art. 209 de la Constitución Política de 1991, el cual les hubiese o permitido definir administrativamente a que entidad se encontraba afiliado el señor CASTRO MONTOYA, para evitar la eventual la contienda judicial.

Observa la Sala que el demandante se afilió por primera vez al ISS el 6 de abril de 1979, es decir, se encontraba inmerso en el régimen de prima media con prestación definida, cuando comenzó la vigencia del sistema general de pensiones entronizado por la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, por lo que, sin duda su derecho al traslado de regímenes pensionales estaba regido por el art. 2° de esta última normativa, que estipulaba lo siguiente: *“...después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”*



Así las cosas, encontrándose el actor afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad desde el mes de mayo de 1997, y no tener en su haber 15 años de servicios al 1° de abril de 1994 (648.72 semanas), fecha en que cobró vigencia el sistema general de pensiones, solo podía retornar al régimen de prima media con prestación definida a mas tardar el día 12 de Mayo de 2009, es decir, un día antes de arribar a la edad de 52 años (hombres), no obstante, la solicitud de traslado a COLPENSIONES apenas se presentó el día 9 de diciembre de 2010, según lo acepta COLFONDOS S.A. en comunicado de fecha 7 de octubre de 2019, es decir, cuando ya operaba en su contra la prohibición legal contenida en el literal e) del art. 2° de la Ley 797 de 2003.

No obstante, y pese a estar inmerso en dicha prohibición, el traslado a COLPENSIONES, se logró materializar, hasta el punto de transferírsele a esta administradora pública de pensiones, el capital consignado en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, según se aprecia en comunicado expedido por COLFONDOS S.A. de fecha 26 de diciembre de 2012 (Archivo PDF N° 003), donde se certifica el traslado de \$24.792.303, el día 22 de agosto de 2011, veamos:



Medellin, Diciembre 26 de 2012

Señor  
CASTRO MONTOYA FABIO ALFONSO  
c.c 3.489.933  
Medellin

**Ref.: Certificación aportes trasladados**

Apreciado señor:

En respuesta al requerimiento en asunto mediante el cual solicitó información relacionada con sus aportes, le comunicamos que la totalidad de su cuenta de ahorro individual, la cual incluye aportes realizados y sus respectivos rendimientos generados, fue trasladada a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, anteriormente llamada instituto del seguro sociales, así:

- **Fecha de traslado:** 14 de Febrero de 2011
- **Valor trasladado:** \$24.792.303,00.
- **Fecha de traslado:** 22 de Agosto de 2011
- **Valor trasladado:** \$3.815,00.

Dineros que efectivamente fueron recibidos por COLPENSIONES, pues según la HISTORIA LABORAL más actualizada con corte al mes de enero de 2020, el periodo comprendido entre mayo de 1997 y enero de 2011 registra la siguiente observación: “PAGO RECIBIDO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL POR TRASLADO”, es decir, que esas semanas cotizadas en el régimen de capitalización, se lograron asentar en la historia laboral de COLPENSIONES.

No obstante, COLPENSIONES aduce en el acto administrativo N° SUB-227539 del 22 de agosto de 2019 que ese traslado efectuado por el actor en el año 2011 con el que supuestamente retornó al régimen de prima media con prestación definida, resulto INVALIDO, y que la administradora que debe atender la solicitud pensional es COLFONDOS S.A., quien a su vez refiere que el actor, ya no figura como un afiliado activo, y que su estado actual es el de trasladado.

Teniendo en cuenta las posturas presentadas por las codemandadas, confrontadas con la normatividad vigente, y particularidades del presente caso, concluye la Sala que el traslado efectuado por el actor en el año 2011 con destino al régimen de prima media, se hizo por fuera de los plazos establecidos, asistiéndole así razón a la apoderada judicial de COLPENSIONES en su alzada, siendo este el entendimiento dado al tema por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, como puede verse en la sentencia SL-1980 de 2022, donde también se reiteró lo expuesto en las sentencias SL8215-2016 y SL827-2022:

*“...Ante tal panorama legal, la primera conclusión que surge para la Sala es que esa garantía de escoger régimen pensional es una expresión de la protección del derecho fundamental a la seguridad social, en vista del carácter obligatorio e irrenunciable de este último (artículo 48 de la Constitución Política). También, que resulta relevante para preservar el equilibrio y la articulación del sistema, a la luz del principio de unidad consagrado en el literal e) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.*

*Así las cosas, es claro que las restricciones al libre movimiento entre regímenes pensionales tienen un sustento legal el cual debe ser respetado por todos los actores del sistema, incluidos los afiliados. Tal análisis fue expuesto en sentencia CSJ SL8215-2016 reiterada en la CSJ SL827-2022, así:*

*1. La múltiple afiliación se presenta cuando no puede ser válida la última si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley. El artículo 17 del Decreto 692 de 1994 al prohibir la múltiple vinculación, señaló que el afiliado sólo podrá trasladarse de régimen o de administradora de pensiones, cuando dicho cambio se lleve a cabo en los plazos que para tal efecto se tienen fijados, resultando válido la última vinculación efectuada dentro de los términos legales; las demás no serán válidas ni legítimas, debiéndose proceder a transferir la totalidad de los saldos a la administradora cuya afiliación resulte válida.*

*2. Para el traslado de régimen, que es el punto que interesa al recurso extraordinario, una vez efectuada la selección inicial, los afiliados al sistema general de pensiones sólo podrán trasladarse de régimen transcurridos tres (3) años conforme a lo estipulado en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994. Con la entrada en vigencia del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, este término se amplió a cinco (5) años...”*

Así las cosas, podría pensarse a simple vista que es COLFONDOS S.A., el fondo de pensiones al que se encuentra válidamente afiliado el demandante; sin embargo; no puede perderse de vista que el actor también se opone al traslado de regímenes pensionales efectuado en el año 1997, tildándolo de ineficaz, por haberse configurado un vicio en el consentimiento derivado de la omisión al deber objetivo de información por parte de la AFP COLFONDOS S.A.

En efecto, y teniendo en cuenta que durante la fijación del litigio la problemática se delimitó en determinar a que fondo se encuentra afiliado el señor CASTRO MONTOYA, el asunto de la ineficacia no podía echarse de menos, a sabiendas que de él dependía el derecho fundamental a la seguridad social del demandante, que por demás es irrenunciable a las luces del art. 48 de la Constitución Política, máxime que la ineficacia del acto jurídico de traslado fue una situación advertida en el hecho DÉCIMO SEGUNDO de la demanda, así:

~~LA LISTA EN DERECHO LABORAL Y PENSIONES~~  
~~DÉCIMO SEGUNDO. Es~~ conducente indicar, que mi mandante desconocía las consecuencias que tendría al firmar el formato de afiliación, pues al Fondo de Pensiones y Cesantías **COLFONDOS S.A** le correspondía advertir de manera clara, precisa y suficiente dichos efectos prestacionales que acarrearían el cambio de fondo Pensional. Debido a que en su momento se brindó información errónea y engañosa al omitirse información fundamental, toda vez que al cumplir los requisitos para el otorgamiento del beneficio de pensión de vejez, la mesada pensional serían más representativa en el Régimen de Prima Media, y por lo contrario sería menor la mesada en el Régimen de Ahorro Individual (RAIS), frente a lo cual se deja en consideración del Honorable Despacho, que en el momento de la celebración del contrato de traslado de afiliación al fondo de pensiones y cesantías **COLFONDOS S.A.** estaría viciado por error.

Y con fundamento en este hecho se esbozó la primera pretensión declarativa, así:

#### **DECLARATORIAS**

1. Declarar que la afiliación realizada por el señor **FABIO ALFONSO CASTRO MONTOYA C.C. No. 3.489.933** a **COLFONDOS S.A.** es ineficaz y que por lo tanto se entiende que el señor, **FABIO ALFONSO CASTRO MONTOYA C.C. No. 3.489.933** siempre permaneció afiliado al **REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA** en pensiones, que ahora administra **COLPENSIONES**.

Advierte la Sala, que aunque el juez de primer grado haya excluido el asunto de la declaratoria de ineficacia al momento de fijar el litigio, esta Sala sí esta habilitada para pronunciarse al respecto, en virtud de las facultades extra y ultra petita que se activan en el juez colegiado, cuando están en juego los derechos mínimos e irrenunciables de un trabajador, tal y como lo ha adoctrinado la jurisprudencia H. Corte Suprema de Justicia, como es el caso de la sentencia SL-1559 de 2018 con radicación 58.621:

*En efecto, la causa petendi de la demanda inicial está conformada por las razones de hecho y de derecho que fundamentan las pretensiones, y el sentenciador conforme al principio de congruencia, no puede alterar o cambiar los hechos o las súplicas para entrar a decidir en uno u otro sentido, y darle la razón al demandante o al demandado. En materia laboral, la congruencia encuentra una excepción, en cuanto a que la ley permite que los juzgadores de única y primera instancia fallen en torno a súplicas distintas a las pedidas, haciendo uso de las denominadas facultades extra y ultra petita que consagra el citado artículo 50 del CPTSS, cuando los hechos que las originen hayan sido discutidos en el proceso y están debidamente probados, facultad que también tiene el fallador de segundo grado, cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.*

Criterio jurisprudencial que acoge y comparte la Sala, y que permite pronunciarse al respecto, como se expondrá a continuación,

#### **Ineficacia del traslado**

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 el demandante, a través de la AFP COLFONDOS S.A., alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y el traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a advertir que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los

asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad”* (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

### **CASO CONCRETO**

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el plenario, concretamente la historia laboral aportada por COLPENSIONES, se advierte que el señor FABIO ALFONSO CASTRO MONTOYA se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES a partir del 6 de abril de 1979, y años más tarde, esto es, el 1° de mayo de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP CONFONDOS S.A., fondo donde permanece afiliado en la actualidad, pese a la multi afiliación detectada en la primera instancia.

Corolario de lo anterior, y dado que no existe prueba en el plenario que al demandante se le haya dado una suficiente y correcta asesoría pensional en el

año 1997, antes de concretarse su trasladarse al fondo privado de pensiones, es factible declarar la ineficacia del traslado deprecada, en atención al actual criterio jurisprudencial frente al tema.

Y es que tal y 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 del fondo privado. La simple firma del formulario por parte del asegurado no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban el cambio de régimen, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

En efecto, si bien en Colombia existen dos regímenes pensionales excluyentes y con dinámicas financieras distintas, esa sola razón no es suficiente para entender que los asegurados pueden afiliarse a cualquiera administradora sin que se cumpla con el proceso previo de acompañamiento y asesoría absoluta. Precisamente, resulta indicativo e insoslayable el acompañamiento que se le debe brindar al asegurado, al punto de que si no se le asesora y aconseja el régimen que más le conviene de acuerdo a sus condiciones particulares, termina por afectarse la eficacia del acto de traslado.

Y fue precisamente esas condiciones particulares del señor CASTRO MONTOYA, las que no se analizaron al momento de concretarse el traslado al RAIS en el año 1997, toda vez que no existe prueba de ello en el plenario, por el contrario, el actor aseguró en su interrogatorio de parte que se trasladó al régimen de capitalización porque le aseguraron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, y que podría pensionarse a los 55 años, todo lo cual motivó su decisión de trasladarse de régimen, sin conocer con certeza las consecuencias jurídicas que este le implicaba, dejando en claro que su intención siempre fue la de retornar al régimen de prima media, régimen al que creía haber regresado desde el año 2011, pues COLPENSIONES, no

presentó ningún reparo en recibir las cotizaciones que se realizaron a partir de ese momento.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional del demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de traslado a la AFP COLFONDOS S.A., esto es, que jamás perdió continuidad en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

Advierte la Sala que si bien el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante y sus rendimientos, ya se encuentran en poder de COLPENSIONES, en virtud del traslado fallido acontecido en el año 2011, y se ven reflejados en su historia laboral, aun faltan algunos conceptos que deben ser objeto de devolución, pues están afectados por los efectos jurídicos de la ineficacia, lo anterior 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 al demandante.

Lo anterior, tiene su razón de ser en tanto a la entidad pública debe garantizársele la integridad de la cotización sin descuento alguno, ya que será quien reciba la afiliación del asegurado y para todos los efectos legales lo tenga afiliado al fondo público sin solución de continuidad. No puede perderse de vista que COLPENSIONES es la entidad que a futuro deberá asumir el pago de las prestaciones de la seguridad social que llegue a causar, y deberá asumir la afiliación sin solución de continuidad en el tiempo.

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 la AFP accionada, 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 COLFONDOS S.A., sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliado el actor.



Y aunque los descuentos a la cotización se encuentren contemplados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, tal consagración legal no constituye una razón de peso suficiente para que se validen los mismos frente a un acto que adoleció por completo de ineficacia jurídica. Al respecto, resulta pertinente recordar que esa autorización legal existe, pero va dirigida o presupone la existencia legal del acto, siendo evidente que cuando hay ineficacia, no existe un título legítimo y válido para que puedan efectuarse esos descuentos, lo cual justifica con suficiencia la devolución ordenada.

Conforme a lo anterior, tampoco puede ser razón suficiente abstenerse de la devolución de estos conceptos, el hecho de que en su momento haya existido cobertura frente a los riesgos de invalidez o sobrevivencia, o que se trate de sumas que efectivamente se hubieren causado.

Contrario al entendimiento dado al tema por la AFP accionada, en el sub judice, de lo que se trata es de que, merced a los efectos jurídicos de la ineficacia del acto, estrictamente con incidencia en el escenario de la seguridad social, debe la AFP accionada asumir directamente de su propio patrimonio la devolución de estas sumas.

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...”*.

En lo que a este tema respecta, pese a que las primas previsionales y las cuotas de administración no financian directamente la pensión de vejez, no puede llegarse al punto de sostener que la obligación de su devolución es prescriptible, ya que estas obligaciones surgen con la presente sentencia que contiene la declaración judicial y las ordenes que deben procurar que todo regrese al estado anterior.

Tratándose de los porcentajes descontados por garantía de pensión mínima, no puede perderse de vista que el régimen de prima media con prestación definida también tiene una manifestación de solidaridad, y en consecuencia, será preciso que las sumas deducidas por la AFP COLFONDOS S.A., por ese concepto, también sean retornadas a COLPENSIONES.

En consecuencia, se revocara la absolución impartida a favor de COLFONDOS S.A., y en su lugar se condenará a dicha entidad a que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a COLPENSIONES las cuotas de administración, primas previsionales, y los porcentajes de garantía de pensión mínima, que descontó durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a esa AFP, estos tres últimos conceptos (primas previsionales, cuotas de administración y garantía de pensión mínima) deberán trasladarse con la respectiva indexación, calculada por la AFP accionada al momento del traslado de estos recursos, y asumida con su propio patrimonio, teniendo en cuenta la siguiente formula:

INDEXACIÓN es igual a:

$$\frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}} \times \text{VALOR A INDEXAR} - \text{VALOR A INDEXAR}$$

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.

Además, se ordenará a la AFP accionada que, al momento de cumplir con la devolución, remita 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.

Cabe advertir que lo decidido en esta instancia no constituye una reforma en peor para Colpensiones; al contrario, la devolución integral de las

cotizaciones y garantiza la sostenibilidad financiera del sistema pensional y le permite a Colpensiones asumir sin pérdidas la prestación económica solicitada por el actor.

### **Pensión de vejez**

Esta Sala confirmará la condena en este sentido, toda vez que al encontrarse el demandante válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad, por las razones expuestas por la Sala, y reunir los requisitos de causación relativos al cumplimiento de una edad, y una densidad mínima de cotizaciones, era deber del operador jurídico declarar probada la causación de este derecho, bajo el régimen general de pensiones previsto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 de 2003, como efectivamente ocurrió.

Y es que de la prueba documental aportada con la demanda, concretamente, el documento de identidad del demandante, y la historia laboral expedida por COLPENSIONES, es evidente que el señor CASTRO MONTOYA cuenta con más de 65 años de edad, lo anterior, por haber nacido el día 13 de Mayo de 1957, y tener en su haber más de 1.591 semanas cotizadas, con corte al 13 de enero de 2020, superando con creces la edad mínima de 62 años hombres, y 1.300 semanas cotizadas, satisfaciendo las exigencias legales.

**“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.** <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. <Ver Notas del Editor> Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

**A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.**

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

**A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se**

**incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.**

(...)”

Y frente al DISFRUTE PENSIONAL, se modificará lo resuelto por el juez de primer grado, pues la misma ley (arts. 13 y 35 del acuerdo 049 de 1990 integrados al régimen de prima media con prestación definida en virtud del art. 31 de la Ley 100 de 1993), tiene diferenciado los fenómenos jurídicos de la **causación** y el **disfrute** de la pensión, el primer de estos ocurre cuando el afiliado logra completar la edad pensional y la densidad mínima de cotizaciones, pero para comenzar a percibir el pago de su mesada pensional, este mismo afiliado debe acreditar la desafiliación o retiro del sistema general de pensiones, es decir, exteriorizar de manera inequívoca su deseo o intención de consolidar su status de pensionado, veamos:

**“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.** La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”

**“ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ.** Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona”.

Y dado que no existe prueba que el actor se haya retirado definitivamente del sistema general de pensiones, y que la historia laboral no se encuentra actualizada, pues solo registra cotizaciones hasta el 3 de octubre de 2019, y el actor refirió en su interrogatorio de parte que siguió cotizando con posterioridad a esa fecha, esto es, hasta el 25 de enero de 2020 cuando supuestamente finalizó su vinculación laboral con el empleador “INGENIERÍA INTELIGENTE”, el disfrute de su pensión de vejez, quedará necesariamente condicionado a la desafiliación o retiro, pues de conformidad con el art. 19 del Decreto 692 de 1994, todo afiliado pese haber cumplido los requisitos para

causar una pensión de vejez, podrá continuar cotizando, a su cargo, hasta por cinco (5) años adicionales para aumentar el monto de su pensión, quedando así proscrito el reconocimiento automático de pensiones de vejez, con el simple cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas o tiempo de servicios, por ende no era factible ordenar el pago de la pensión a partir del 25 de enero de 2020, pues no se tiene certeza que el demandante haya cesado cotizaciones en esa fecha, ya que esta habilitado para realizar cotizaciones hasta los 67 años de edad, por lo tanto la fecha de disfrute pensional, dependerá de la acreditación del requisito de desafiliación o retiro, cuya demostración no se logró, con las simples afirmaciones del demandante durante su interrogatorio de parte, y mas aun cuando la historia laboral pareciera demostrar una cosa distinta.

#### **Costas procesales en las instancias.**

Teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión proferida, en la que se logró demostrar una ineficacia de la afiliación y/o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, derivada de la omisión al deber objetivo de información por parte de la AFP COLFONDOS S.A., las costas procesales en ambas instancias, estarán a cargo de este fondo privado de pensiones, y en favor del demandante, en esta instancia se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 equivalente a 1SMLMV para la anualidad 2022, las de primera instancia deberán recalcularse, en atención a lo aquí resuelto.

#### **VIII. - DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISION LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia objeto de apelación y consulta proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN de fecha 17 de febrero de 2022, en cuanto absolvió a la AFP COLFONDOS S.A. de todas las pretensiones y cargos formulados en su contra, para en su lugar, **DECLARAR** que la AFP COLFONDOS S.A. desatendió su

deber objetivo de información en materia pensional, lo que derivó en la ineficacia de la afiliación y/o traslado del señor FABIO ALFONSO CASTRO MONTOYA al régimen de ahorro individual con solidaridad en el mes de mayo de 1997, conforme lo expuesto.

**SEGUNDO:** En consecuencia, con lo anterior, DECLARAR que el señor FABIO ALFONSO CASTRO MONTOYA siempre ha permanecido afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad desde el 6 de abril de 1979, según lo expuesto en precedencia.

**TERCERO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los conceptos relativos a cuotas de administración, primas previsionales, y porcentajes deducidos para la garantía de pensión mínima, que le fueron descontados al demandante durante su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, indexando los conceptos de (cuotas de administración, primas previsionales, y garantía de pensión mínima) al momento del traslado de dichos recursos, asumiendo de su propio patrimonio esa actualización, traslado que deberá efectuarse dentro de un plazo no superior a 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

Se advierte que, al momento de cumplir la orden impartida, deberán la AFP demandada 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.

**CUARTO: MODIFICAR** la sentencia objeto de apelación y consulta, en cuanto a la fecha de disfrute de la pensión de vejez, la cual quedará condicionada a la acreditación del requisito de desafiliación y/o retiro del sistema general de pensiones, según lo expuesto en precedencia.

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

**SEXTO: COSTAS** procesales en ambas instancias, a cargo de COLFONDOS S.A., y a favor del demandante, en esta instancia se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 equivalente a 1SMLMV para la anualidad 2022, las de primera instancia deberán recalcularse, en atención a lo aquí resuelto.

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

**OCTAVO: 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