

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

CONSULTA - SENTENCIA	
DEMANDANTE	DORA EMILSE ZULETA CARMONA
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
RADICADO	05001-31-05-001-2019-00060-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional.
DECISIÓN	Adiciona y Confirma

*Medellín, quince (15) de julio 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 **DORA EMILSE ZULETA CARMONA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 031**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

## **I. – ASUNTO**

Es materia de la Litis, decidir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en los términos del artículo 69 del CPT y SS., contra la sentencia que profirió el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 7 de marzo de 2022.

## **II. – HECHOS DE LA DEMANDA**

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que, la demandante, quien nació el 19 de octubre de 1961, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto ISS desde el 22 de abril de 1981; posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., a partir del mes de agosto de 1996, fondo privado donde se encuentra afiliada en la actualidad.

Se duele que el asesor ejecutivo del RAIS no le brindó la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la información determinante y ajustada a su situación concreta; y que, al contrario, le ocultaron información relevante al momento de ser atendida para afiliarse, por lo que considera que su decisión se encuentra viciada y afectada en su validez, por ausencia del conocimiento sobre las consecuencias jurídicas de su traslado de régimen pensional.

Que la actora elevó solicitud ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., buscando retornar al régimen de prima media con prestación definida, pero ambas entidades dieron respuesta negativa a la petición quedando agotada la reclamación administrativa,

## **III. – PRETENSIONES**

La acción judicial está dirigida a que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por PROTECCIÓN

S.A., al haberse configurado un vicio en el consentimiento derivado de la omisión al deber de información y que en consecuencia, se ordene a dicha administradora trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones realizadas a la cuenta de ahorro individual de la señora DORA EMILSE ZULETA CARMONA, incluidos los rendimientos financieros, ordenando a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, actualizando su historia laboral, y que las costas procesales queden a cargos de ambas codemandadas.

#### **IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA**

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas, a dar respuesta a la misma, a través de sus respectivos apoderados judiciales.

COLPENSIONES describió el traslado de esta acción, según consta en el archivo PDF N° 5 del expediente digital.

A través del mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; indicó no constarle los hechos narrados en el escrito introductorio, a excepción de aquel relativo a la solicitud de traslado efectuada el 21 de abril de 2016, a la cual se dio respuesta negativa en la misma fecha; y propuso las excepciones perentorias que denominó: *“AUSENCIA DE LOS REQUISITOS LEGALES PARA EFECTUAR TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL; y PRESCRIPCIÓN”*.

PROTECCIÓN S.A. hizo lo propio (archivo PDF N° 32 del expediente digital), expresando que se oponía a las pretensiones de la demanda, indicó que no le constaban los hechos de la demanda, salvo edad de la demandante y su traslado al RAIS, el cual se dio a través del fondo de pensiones obligatorias DAVIVIR el día 12 de julio de 1996, y luego de fusiones y absorciones, paso a estar afiliada a la AFP PROTECCIÓN S.A., aclarando que la afiliación de la actora se dio en forma libre y voluntaria, y así quedo plasmado en el formulario de afiliación correspondiente, el cual se suscribió luego de haberse brindado

una asesoría pensional completa, veraz y suficiente, acepta también la negativa dada a la demandante respecto a la solicitud de retornar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, y, formuló las excepciones de fondo que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES EN LA AFILIACIÓN; ASESORÍA PENSIONAL ADECUADA Y CORRECTA; ACTO JURÍDICO EXISTENTE Y VALIDO; IMPOSIBILIDAD JURÍDICA Y FINANCIERA DE DEVOLUCIÓN DE GESTOS DE ADMINISTRACIÓN; SEGURO PREVISIONAL; FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ Y REASEGURO, BUENA FE, y PRESCRIPCIÓN.*

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

En audiencia pública celebrada el 7 de marzo de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad efectuado por la señora DORA EMILSE ZULETA CARMONA, por falta al deber de información.

En consecuencia, condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la actora al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, trasladando a dicha entidad el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los descuentos por fondo de garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y primas de reaseguros, debidamente indexados desde la fecha en que fueron descontados.

ORDENÓ a COLPENSIONES, a reactivar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad y recibir todos los dineros que le sean trasladados, realizando la respectiva actualización de la historia laboral.

Finalmente impuso las costas del proceso en la primera instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A., y a favor de la demandante, fijándole como agencias en derecho en la suma \$3.000.000.

Como fundamento de su decisión, que el fondo privado no probó haberle suministrado una información completa y suficiente a la demandante, lo que derivó en la ineficacia del acto jurídico de afiliación y/o traslado.

## **VI. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.**

En vista que la decisión de primera instancia fue desfavorable para la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, entidad pública de la cual el Estado es garante de sus obligaciones, esta Sala conocerá a su favor bajo el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo señalado en el art. 69 del CPTSS, y lo dispuesto por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

### **Alegatos de Conclusión:**

En la debida oportunidad procesal, el apoderado judicial de COLPENSIONES, presentó sus alegatos de conclusión en segunda instancia, a través de los cuales solicita la revocatoria de lo resuelto por la juez de primer grado, insistiendo en la improcedencia de la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de nulidad y/o traslado, indicando que no se debe asumir y habilitar en este tipo de procesos que el afiliado presente una actitud 100% pasiva respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su dinero, no es admisible que frente a un derecho tan trascendental como lo es la pensión, solo hasta 20 años después se pretenda información al respecto que siempre ha estado habilitada para sus afiliados.

Y solo en caso de confirmarse la sentencia de primer grado, se mantenga la orden de devolución de cuotas de administración, y fondo de garantía de pensión mínima, pues será COLPENSIONES quien en un futuro deberá asumir el eventual reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la actora.

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, en atención al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena relacionada con la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional, y la reactivación de la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad.

Partirá la Sala de establecer si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizó la demandante, a través de la AFP DAVIVIR S.A. hoy AFP PROTECCIÓN 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 aportada por las partes, se advierte que la señora DORA EMILSE ZULETA CARMONA, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces Instituto de los Seguros Sociales desde el 22 de abril de 1981 a través del empleador “CONFECCIONES ITALCOL”, según consta en la historia laboral aportada por COLPENSIONES en el expediente administrativo; posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP DAVIVIR Pensiones y Cesantías hoy PROTECCION S.A., en el mes de julio de 1996 (fls. 23 del archivo PDF N° 32), fondo privado donde permanece afiliada 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 la AFP PROTECCIÓN S.A., no alcanzó a probar haberle brindado asesoría a la actora con suficiencia en su proceso de traslado, en el momento en que la atendió para afiliarla en el mes de julio de 1996, cuando se suscribió el formulario de afiliación y/o traslado correspondiente.



Ahora, como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia del órgano de cierre (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017), es claro que la firma del formulario de afiliación no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados. La simple firma del formulario por parte del asegurado no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban el cambio de régimen, y por ello el acto jurídico inicial terminó afectado en su eficacia.

Es importante destacar que el derecho a la libre elección de régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993 en el marco del derecho a la seguridad social no riñe con las disposiciones legales que contemplan la exigencia del formulario, debiéndose entender que, más allá de la documentación formal, existe un sustrato material directamente relacionado con los derechos fundamentales que exige que el asegurado tenga una completa asesoría en su proceso de traslado de régimen pensional, la cual coloca a la respectiva administradora en el pleno del cumplimiento de sus obligaciones profesionales en ese sentido, bajo la dinámica del *“buen consejo”*.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado de la señora DORA EMILSE ZULETA CARMONA 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 PROTECCIÓN S.A., en el año 1996, esto es, se encuentra válidamente afiliada al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud de la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta de que dispone este colegiado, que impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de

la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele a la demandante.

Esta sala encuentra ajustada la condena a la devolución de lo deducido por concepto de cuotas de administración, primas previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima, en tanto a la entidad pública debe garantizársele la integridad de la cotización sin descuento alguno, ya que será quien reciba la afiliación de la asegurada y para todos los efectos legales la tenga afiliada 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 la actora 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 PROTECCIÓN S.A., sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada la actora; y es que el solo hecho de que los descuentos a la cotización se encuentren contemplados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 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, y por ello 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...”*

Es de tal relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia de que el mismo no se vea limitado por omitir ordenar retornar algunos conceptos relacionados con la cotización, que esta sala advierte que la ordenada por la A quo en el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia resulta insuficiente, ya que también debe ordenarse a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES los rendimientos financieros que hubiese generado el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de la señora ZULETA CARMONA, pues en la sentencia de primer grado, nada se dijo al respecto, y estos rendimientos son una característica propia del régimen de capitalización, que no le pertenecen al fondo privado, así se hubiere declarado la ineficacia, toda vez que nadie puede alegar a su favor su propia impericia, siendo claro que la ineficacia se generó, no por culpa de la demandante o de COLPENSIONES, sino por el incumplimiento del fondo privado de sus obligaciones profesionales de asesoría. Además, el principio de inescindibilidad tiene otros alcances distintos en materia pensional que no pueden aplicarse a este tema.

Además, se adicionará dicha decisión en el sentido de imponer a PROTECCION S.A. un PLAZO para que efectué el traslado del capital existente en la cuenta de ahorro individual y demás conceptos objeto de la devolución, el cual no podrá exceder los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, pues estos capitales se requieren para financiar las eventuales prestaciones económicas que llegue a causar la demandante, y no puede quedar al arbitrio de la AFP accionada la fecha en que hará efectivo el traslado, pues de él dependen derechos fundamentales, como la seguridad social de la demandante, y la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Igualmente, se adicionará dicha decisión en el sentido de advertir a la AFP que, al momento de cumplir la orden impartida, deberán 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.

Sin costas en esta instancia al haberse conocido del proceso bajo el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

### **VIII. - DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos que la devolución que opere frente a COLPENSIONES, incluya además de los conceptos ordenados en la sentencia de primera instancia, los rendimientos financieros que se hubiesen causado durante la permanencia de la demandante DORA EMILSE ZULETA CARMONA en el régimen de ahorro individual con solidaridad, devoluciones que deberán operar, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, indicando además que los conceptos objeto de devolución, deberán trasladarse debidamente discriminadas, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

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

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

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

**QUINTO: SE ORDENA** la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

**Los magistrados**



**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**  
Magistrada



**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**  
Magistrado



**LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**  
Magistrada