

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL
APELACIÓN - SENTENCIA

DEMANDANTE	ROSMIRA LÓPEZ ALZÁTE
DEMANDADOS	PROTECCIÓN- COLFONDOS COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-023-2019-00741-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Confirma

Medellín, siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **ROSMIRA LÓPEZ ALZÁTE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y la **AFP PROTECCIÓN Y COLFONDOS**.

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 043**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 08 de agosto de 2022; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la demandante, nació el 20 de agosto de 1957 sic¹, y se afilió en 1995, al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. y posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A. en el año 1996, en donde permanece actualmente.

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 atendido para afiliarse al RAIS, 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 afiliación a dicha administradora.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a la AFP trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por la actora, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas a descorrer el traslado de esta acción.

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada (PDF 09 del expediente digital), negó los hechos. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, EXCEPCIÓN INNOMINADA”*

¹ Conforme a la cédula de ciudadanía la demandante, nació el 09 de abril de 1961 PDF 004 folio 1

PROTECCIÓN S.A. describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 20 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, salvo la afiliación, traslado y edad, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones perentorias que denominó *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LA DEMANDADA, INNOMINADA O GENÉRICA”*

Mediante escrito visible en el PDF 26, la AFP COLFONDOS se allanó a las pretensiones de la demanda. Mediante auto del 23 de noviembre de 2020 que milita en el PDF 31, el juzgado aceptó el allanamiento de la entidad demandada, en los términos que dispone el artículo 98 del C.G.P.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 08 de agosto de 2022, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la **afiliación** a DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN y COLFONDOS de la señora ROSMIRA LOPEZ ALZATE.

Le impuso a la AFP COLFONDOS S.A. a que, dentro del término de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, traslade con destino a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual de la actora, con sus respectivos rendimientos, incluidas las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados**, los tres últimos conceptos.

Asimismo, se ordenó a PROTECCIÓN S.A., que, dentro de ese mismo término, traslade a COLPENSIONES las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente **indexados**.

Se advierte a COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN S.A. 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.

A COLPENSIONES le ordenó **activar la afiliación** de la señora ROSMIRA LOPEZ ALZATE, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y recibir los mencionados valores e integrarlos al fondo común que administra, y que, las semanas acreditadas por las AFP, se reflejen en su historia laboral.

Condenó en costas procesales a la demandada PROTECCION y COLFONDOS y se abstuvo de imponer condena a cargo de COLPENSIONES.

El A quo para declarar la ineficacia de la afiliación, desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, sobre la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia del formulario para acreditar asesoría, la relevancia de la oportunidad en que se reciba la asesoría, la imposibilidad de que la ineficacia se sanee por prescripción o por traslados en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, por el derecho a la libre selección de régimen pensional.

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por la apoderada judicial de COLPENSIONES

La abogada de Colpensiones recurrió la sentencia manifestando que la demandante no tiene semanas cotizadas en el ISS y que no cumple con los requisitos estipulados en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, pues la actora cuenta con más de 57 años de edad, lo que significa que la oportunidad para que realizara el traslado ya expiró, agregando además que la afiliación de la demandante en el régimen de ahorro individual, cumplió estrictamente con las disposiciones de ley, al haberse realizado de manera libre y voluntaria.

Alegatos de Conclusión:

COLPENSIONES, presentó alegatos de conclusión reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación, y solicitando de manera adicional, se condene a las AFP PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A, a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro

concepto a consideración del despacho. Solicita no exista condena alguna en contra de la entidad, la cual es un tercero ajeno a la declaratoria de ineficacia.

La parte demandante presentó sus alegatos de conclusión, solicitando que se confirme en su integridad el fallo de primera instancia que declara la ineficacia de afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual, como quiera que las AFP no demostraron su deber de información.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. - La Ineficacia en el traslado de régimen pensional. -

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por la apoderada judicial de COLPENSIONES en su recurso de apelación; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad y la aceptación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida que administra, 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 en establecer si la afiliación que hizo la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP PROTECCION y posteriormente de COLFONDOS como administradoras del régimen privado en pensiones y en la que actualmente se encuentra afiliada, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y la afiliación o 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 afiliación o 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 la afiliación o 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 la afiliación o 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 expediente digital, se constata que la señora **ROSMIRA LÓPEZ ALZÁTE**, nunca perteneció al régimen de prima media con prestación definida, por cuanto inicialmente se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1995, y posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A. en el año 1996, en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del 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 las AFP convocadas a juicio (PROTECCIÓN-COLFONDOS) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría a la demandante con suficiencia en su proceso de traslado.

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 de la asegurada 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.

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”*.

Pues bien, la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula esta situación, es la que comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado. Es así como resulta de imperiosa exigencia, el que se cumplan con todo el acompañamiento al asegurado.

Por lo demás, es preciso indicar que las obligaciones de asesoría y acompañamiento siempre han existido desde que se crearon los dos regímenes pensionales en la Ley 100 de 1993, sin que pueda decirse que se estén haciendo retroactivas obligaciones que solo se hayan impuesto en recientes normas jurídicas.

Así las cosas, esta sala resalta la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la ineficacia se presenta en el momento de la afiliación ausente de información, esto es, no nace a la vida jurídica, sin que importen las conductas posteriores, ya que el acto no alcanzó a producir efectos jurídicos.

Para la Colegiatura, ninguno de los argumentos presentados por la apoderada judicial COLPENSIONES en su recurso de apelación, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró el A quo.

En la alzada, la apoderada judicial de COLPENSIONES, sostiene que no hay lugar a aplicar las consecuencias previstas por el legislador para la omisión en el deber de información en el asunto sub-lite, por la potísima razón que la demandante no acreditó vinculación anterior al régimen de prima media, dado que su primera vinculación al sistema general de pensiones se dio a través de su afiliación al RAIS, conclusión que no comparte la sala porque equivale a decir que

frente a aquellas personas que acuden a afiliarse por primera vez al sistema no existe el deber de información.

En consideración de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no se puede predicar que la selección hubiere tenido tales características.

Ahora y en punto al argumento que la asegurada se encuentra inmersa en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, para esta sala dicho planteamiento no es aplicable a casos de ineficacia, ya que esa restricción opera en casos de libre elección de régimen pensional, más no en situaciones en las que se advierte que el acto de afiliación no produjo ningún efecto, al ser ineficaz la afiliación por ausencia de información.

Así las cosas, resulta claro que, al ser ineficaz el acto de afiliación de la demandante al RAIS, la actora queda en posibilidad de libre elección de ingreso al régimen pensional que más convenga a sus condiciones particulares, posibilidad que no se ve truncada al faltarle menos de 10 años para la edad pensional, ya que debe retrotraerse la voluntad y el consentimiento válido, esto es, motivado en un verdadero conocimiento del régimen pensional, para que pueda escogerse en condiciones de eficacia el régimen pensional que más convenga y opte el asegurado. Para el caso concreto, no es otro que el régimen de prima media con prestación definida, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia de la afiliación de la señora **ROSMIRA LÓPEZ ALZÁTE**, 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 SA., y a la AFP COLFONDOS esto es, se encuentra válidamente afiliada al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES

De esta manera, no son suficientes los argumentos presentados por la apoderada judicial de COLPENSIONES, para revocar la declarada ineficacia que hizo el A quo.

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, y que también constituye punto de cuestionamiento de la abogada de COLPENSIONES en el escrito de alegatos de conclusión en trámite de segunda instancia, quien solicita se ordene a las AFP demandadas, trasladar a COLPENSIONES todos los conceptos de gastos de administración y primas previsionales

Los efectos de la ineficacia de la afiliación 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 PROTECCIÓN y COLFONDOS, 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 PROTECCION y COLFONDOS, sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada la actora.

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 todos los descuentos que le hicieron a la cotización, que esta sala advierte que la orden dada por el A quo **resulta suficiente**, como quiera que en el **numeral segundo** de la resolutive de la sentencia se ordenó *“CONDENAR a COLFONDOS S.A. a que, dentro del término de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade con destino a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual de la señora ROSMIRA LÓPEZ ALZÁTE, identificado con cédula de ciudadanía 22.019.563, con sus respectivos rendimientos, incluidas las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados (estos tres últimos conceptos), de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia. Asimismo, se condena a PROTECCIÓN S.A., que, dentro de ese mismo término, traslade a COLPENSIONES las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Y advertir a COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN S.A. 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”

Conforme a la orden emitida por el juez de instancia, se advierte que no le asiste razón a la apoderada judicial de COLPENSIONES al argumentar en sus alegatos que no se trasladó a la entidad administradora de pensiones todos los valores y conceptos en pro de la sostenibilidad financiera de la entidad.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de COLPENSIONES, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada. Las mismas serán en favor de la señora ROSMIRA LÓPEZ ALZÁTE, y ascenderán las agencias en derecho a la suma de un (01) salario mínimo legal mensual vigente para el año 2022.

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 la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación y Consulta, de conformidad a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a COLPENSIONES. Agencias en derecho: Un (01) salario mínimo legal mensual vigente para el año 2022 y en favor de la señora ROSMIRA LÓPEZ ALZÁTE, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

CUARTO: 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