

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

CONSULTA - SENTENCIA	
DEMANDANTE	JOSÉ OSCAR CANO HENAO
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCION S.A.
RADICADO	05266-31-05-001-2022-00025-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional.
DECISIÓN	Adiciona y Confirma

Medellín, ocho (8) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARIA NANCY GARCIA GARCIA 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 el señor **JOSÉ OSCAR CANO HENAO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PROTECCION S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 004**, 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., respecto de la sentencia que profirió el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado, en la audiencia pública celebrada el día 13 de diciembre de 2022.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que, el demandante JOSÉ OSCAR CANO HENAO nació 16 de enero de 1963, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto ISS, en el año 1991 y posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCION S.A., a partir del año 1999, fondo privado donde se encuentra afiliado 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 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 el actor debidamente indexadas, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar al demandante en el régimen de prima media con prestación definida, actualizando su historia laboral.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

COLPENSIONES recorrió el traslado de esta acción, según consta en el archivo PDF N° 11 del expediente digital, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; aceptando la edad del demandante y precisando que el actor inició su vida laboral desde el día el 25 de junio de 1991, siendo afiliado al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida para los riesgos de IVM, administrado por el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, donde permaneció hasta el mes de febrero de 1999; propuso

las excepciones perentorias que denominó: *“CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS, PRESCRIPCIÓN, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, SEGUROS PREVISIONALES, RENDIMIENTOS Y AHORROS VOLUNTARIOS DEBIDAMENTE INDEXADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS, COMPENSACIÓN”*

La AFP PROTECCION S.A. hizo lo propio (archivo PDF N° 07 del expediente digital), A través de dicha respuesta, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; y solo aceptó como cierto la edad de la demandante. y, formuló las excepciones de fondo que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, INNOMINADA O GENÉRICA”*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 13 de diciembre de 2022, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación del señor JOSÉ OSCAR CANO HENAO, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., entendiéndose que ha permanecido afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad.

Condenó a PROTECCION S.A. pasar a COLPENSIONES, debidamente indexados, la totalidad de los aportes por pensión recibidos en la cuenta de ahorro individual del demandante JOSÉ OSCAR CANO HENAO con motivo de su afiliación, con los rendimientos financieros, sin descuento alguno, incluyendo el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los bonos pensionales si los hubiere y con cargo a sus propios recursos.

Se ORDENÓ a COLPENSIONES, recibir los dineros trasladados, teniendo al señor JOSÉ OSCAR CANO HENAO como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral para los fines pensionales y prestacionales a que hubiere lugar.

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

El A quo para declarar la ineficacia, 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. 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:

La parte demandante y Colpensiones, presentaron escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia.

Alegatos parte demandante

El apoderado de la parte demandante expresó que, dentro del proceso de la referencia, quedo ampliamente probado por medio de los hechos de la demanda, las pruebas aportadas, y el interrogatorio absuelto por el demandante en la audiencia de juzgamiento, que Protección, no demostró que la información

suministrada al trasladarse de Fondo fuera clara, oportuna y eficaz, es decir, no cumplió con estos parámetros. También quedó demostrado que no existe un acta durante todo el tiempo que estuvo afiliado el demandante a los fondos privados, donde se le haya informado que para devolverse al régimen de prima media solo tenía plazo hasta los 50 hoy 52 años. Hubo omisiones en las explicaciones de las modalidades de pensión en el fondo privado, donde se manejaban factores como edad de beneficiarios, rendimientos y capital ahorrado y no se le hizo un paralelo al demandante con la pensión en uno y otro régimen.

Precisó el togado que el Juzgado Primero Laboral del Circuito, realizó un análisis crítico de los hechos y pretensiones de la demanda, al igual que de la contestación de la demanda, emitiendo un fallo motivado a favor de la demandante, apoyado en lo establecido en la Ley y la jurisprudencia.

Alegatos de COLPENSIONES

Solicitó el apoderado judicial de Colpensiones que se revoque la sentencia de primera instancia por cuanto en su sentir no se cumplen los presupuestos de ley para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, teniendo en cuenta que el demandante se encuentra a menos de 10 años de adquirir el Derecho a su Pensión, en virtud del artículo 2 Numeral E de la ley 797 de 2003.

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 el demandante, a través de la AFP PROTECCION 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 el señor JOSÉ OSCAR CANO HENAO, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces

Instituto de los Seguros Sociales, en el año 1991 (PDF 11 folio 22), posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP PROTECCION S.A., en el año 1999 (PDF 7 folio 29), fondo privado donde se encuentra afiliado en la actualidad.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación que hizo el demandante al régimen de ahorro individual, 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 convocada a juicio (PROTECCION,) no alcanzó a probar haberle brindado asesoría al actor, con suficiencia, en el momento en que fue atendido para afiliarlo.

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.

Ahora bien, llamó la atención de este Colegiado, el apoderado de COLPENSIONES, al momento de presentar su escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, argumentando que el asegurado se encuentra inmerso en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, sin embargo, 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 o traslado no produjo ningún efecto, al ser ineficaz por ausencia de información.

Así las cosas, resulta claro que, al ser ineficaz el acto de afiliación del demandante al RAIS, el actor 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.

Así las cosas, este Colegiado 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.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado del señor JOSÉ OSCAR CANO HENAO, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 PROTECCION S.A., esto es, se encuentra válidamente afiliado 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.

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 el actor haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de la AFP PROTECCION S.A., 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 la AFP PROTECCION S.A., sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliado el actor.

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...”*

Singularmente se precisa que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al determinar que las implicaciones prácticas de la ineficacia conllevan a que: *“la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el **porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de***

invalidéz y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021). (subraya y negrilla a propósito)

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 en el **numeral segundo** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, se **ADICIONARÁ**, en el sentido de ordenar a la **AFP PROTECCION S.A.**, 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.

Finalmente advierte este colegiado que el juez de instancia erró al ordenar a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES, **debidamente la indexación sobre todos los conceptos que se ordenan trasladar, cuando la indexación solo operan en relación con** los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a la luz de lo dispuesto por la CSJ, no obstante lo anterior, y como este asunto se conoce en grado jurisdiccional de consulta, tal orden quedará incólume.

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

VIII. - DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el **numeral segundo** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de **ORDENAR** que la **AFP PROTECCION S.A.**, 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, 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



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA