

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	LUZ MARINA PATIÑO MUÑOZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PROTECCION- COLFONDOS
RADICADO	05001-31-05-009-2023-00140-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	CONFIRMA

Medellín, veintiséis (26) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA 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 **LUZ MARINA PATIÑO MUÑOZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP PROTECCION y COLFONDOSS.A.**

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 el apoderado judicial de la AFP COLFONDOS, contra la sentencia que profirió el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 22 de agosto de 2023; 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, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS en el año 1989, y luego se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A., en el año 1995 y posteriormente se trasladó a la AFP PROTECCION, en el año 2014, 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 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 y/o nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por las administradoras del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las AFP demandadas, 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 07 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN REALIZADO POR LA PARTE DEMANDANTE, PRESCRIPCION, BUENA FE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENAR EN COSTAS”*

PROTECCIÓN S.A. igualmente contestó la demanda, según se corrobora en el PDF 4, y a través de la misma se opuso a la prosperidad de las pretensiones y planteó título de excepciones de mérito: *“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, TRASLADO DE APORTES A OLD MUTUAL S.A., INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LAS CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN 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, VALIDEZ Y EFICACIA DEL TRASLADO ENTRE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES DEL RAIS, APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO”*

COLFONDOS S.A. también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 03 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.”*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 22 de agosto de 2023, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la señora LUZ MARINA PATIÑO MUÑOZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- y, en consecuencia, declaró que la actora ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que es administrado actualmente por COLPENSIONES.

CONDENÓ a la **AFP COLFONDOS S.A. y de manera concomitante a la AFP PROTECCION** a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ MARINA PATIÑO MUÑOZ, junto con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y los bonos pensionales si estos se hubieren redimido y contar con sus propios recursos, y trasladar con **indexación** lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima los gastos de administración y el valor de las sumas seguro previsional y reaseguros. A la par, dispuso que, al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con

el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Ordenó a COLPENSIONES a recibir de la AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por la demandante al Régimen de Prima Media, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC en el que fueron pagados.

CONDENÓ en costas procesales a la AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A, a favor de la demandante.

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por el apoderado judicial de la AFP COLFONDOS, quien expresó que no es posible que se ordene la indexación de los conceptos que se ordenaron retornar al régimen de prima media con prestación definida, pues los rendimientos generados por la AFP, son superiores a los que pudiera haber percibido el afiliado en el RPM, además dicho rubro no fue objeto de petición y es excesiva la imposición de la indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos, se compensaría con la depreciación del poder adquisitivo de los recursos objeto de transferencia a Colpensiones, como lo han determinado sentencias emitidas por la Sala Laboral de este Tribunal.

Alegatos de Conclusión:

Al doctor NESTOR EDUARDO PANTOJA GOMEZ, portador de la tarjeta profesional de abogado número 285871, se le reconoce personería para representar a COLPENSIONES.

Dentro de la oportunidad de ley, el apoderado judicial aduce que se opone a la declaratoria de la ineficacia, apelando a la inoponibilidad del acto y al principio de sostenibilidad financiera. Pidió que, en el evento de accederse a las pretensiones de la demanda, se ordene a las AFP demandadas, a devolver todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, tales como cuotas de administración, rendimientos y utilidades entre otros.

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 al punto objeto de inconformismo planteado por el apoderado judicial de la AFP COLFONDOS, 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 del traslado 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 el traslado que hizo la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de las AFP demandadas, 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 LUZ MARINA PATIÑO MUÑOZ, se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales administrado hoy por COLPENSIONES, en el año 1989 (PDF 7 folio 11), y luego, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A, en el año 1995 (PDF 03 folio 25), y posteriormente se trasladó a la AFP PROTECCION en el año 2014, (PDF 04 folio 54) entidad en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia del traslado que hizo la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 (PROTECCION - COLFONDOS S.A) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría a la actora con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que la atendieron.

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 ingresar a un nuevo régimen pensional distinto al de prima media con prestación definida al que ya había pertenecido, 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 afiliación o 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”*.

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. A lo anterior se agrega que tal y como se ha visto en la referida jurisprudencia del órgano de cierre, el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado de la señora **LUZ MARINA PATIÑO MUÑOZ**, 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 afiliación a las AFP demandadas, 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 del recurso de apelación y por 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, aspecto que es objeto de cuestionamiento por el apoderado judicial de la AFP COLFONDOS en su recurso de apelación.

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 o COLFONDOS 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 PROTECCIÓN o COLFONDOS S.A., 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...”*.

En torno a las implicaciones prácticas de la ineficacia, punto de cuestionamiento por el apoderado de COLFONDOS, se precisa que ha sido pacífica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al determinar de manera diáfana, los conceptos que se deben retornar a Colpensiones:

*“La citada AFP deberá devolver a Colpensiones el **porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez 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)*

Por otra parte, y en correspondencia al desacuerdo del apoderado de la AFP COLFONDOS, en cuanto a la orden de indexación, para este colegiado, la determinación impuesta por la juez de primer grado es procedente, como quiera que 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, constituyendo éste un precedente vertical, que acoge esta colegiatura.

De este modo, 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 constata que tales aspectos fueron tenidos en cuenta por la A quo, en el **numeral 2°** de la resolutive de la sentencia, por lo que se **CONFIRMARÁ** íntegramente la sentencia de primera instancia.

Precisa este colegiado que, no se modificará la orden de la A quo, que ordenó a la AFP COLFONDOS, como fondo privado primigenio, a trasladar a Colpensiones la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros de la afiliada, pues, si bien tal orden no corresponde a las implicaciones prácticas de la ineficacia cuando se trata de varias AFP, puesto que tales conceptos debieron trasladarse a la AFP PROTECCIÓN, luego del traslado horizontal que hizo la demandante a dicho fondo de pensiones, este aspecto no fue objeto de apelación de la sentencia.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de la **AFP COLFONDOS**, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada. Las mismas serán en favor de la señora **LUZ MARINA PATIÑO MUÑOZ**; las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023.

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 la **AFP COLFONDOS**. Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, en favor de la señora **LUZ MARINA PATIÑO MUÑOZ**, 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


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA