

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	ADRIANA MARÍA ALONSO MOYA
DEMANDADOS	COLPENSIONES - AFP PROTECCIÓN S.A.
RADICADO	05001-31-05-002-2019-00039-02
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca, Adiciona y Confirma

Medellín, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual

Esta Sala asume la competencia en esta instancia, conforme a la regulación establecida por el Gobierno Nacional en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 *“por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*; en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de Junio de 2020 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En consecuencia, conforme al trámite establecido en las citadas disposiciones, que habilitan el procedimiento de sentencia escrita, y cumplido el traslado a las partes en los términos reglados, procede la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora

ADRIANA MARÍA ALONSO MOYA en contra de **COLPENSIONES** y de la **AFP PROTECCIÓN S.A.**

La Magistrada Sustanciadora, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**, declaró abierto el acto y a continuación, después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 023**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 5 de noviembre de 2019 y 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 actora, quien nació el 12 de agosto de 1969, se vinculó al régimen de prima media con prestación definida a través del entonces Instituto de los Seguros Sociales, desde el 16 de junio de 1989, pasando posteriormente, partir de enero de 1999 a PROTECCIÓN S.A., en el marco del traslado de régimen pensional, donde permanece actualmente.

Se duele, que el asesor de PROTECCIÓN S.A., no le brindó la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la suficiente ilustración necesaria; y que, al contrario, le ocultaron información relevante, por lo que su decisión de afiliarse al RAIS se encuentra viciada de ineficacia.

Precisó que, con las proyecciones pensionales que le fueron presentadas, su pensión en el RAIS resulta evidentemente deficitaria en relación con la que le hubiere correspondido en el régimen de prima media con prestación definida, de haber permanecido en dicho régimen.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial esta dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por PROTECCIÓN S.A., y que en consecuencia, se declare que la actora ha permanecido sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y que se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados por la asegurada, con sus respectivos rendimientos financieros debidamente indexados, y a aquella entidad, recibir todos esos valores y activar su afiliación al régimen que administra, como si nunca hubiese dejado de pertenecer al mismo, y condenar a las demandadas al pago de las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las accionadas a dar respuesta a la misma por intermedio de sus respectivos apoderados judiciales (folios 66 y ss. del expediente).

COLPENSIONES describió el traslado de esta acción, según escrito visible a folios 144 y siguientes del expediente. A través del mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; negó los hechos de la acción, salvo la edad de la demandante, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“PRESCRIPCIÓN, AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y COMPENSACIÓN”*.

PROTECCIÓN S.A., por su parte, allegó contestación a la demanda, visible a folios 66 y siguientes del expediente.

A través de la misma, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas; negó los hechos de la acción salvo la edad de la demandante, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“INEXISTENCIA DE LA*

OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES y la EXEPCIÓN INNOMINADA”.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 5 de noviembre de 2019, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación, al advertir que PROTECCIÓN S.A. no cumplió con su carga probatoria de acreditar haber brindado asesoría suficiente a la demandante, por lo que le impuso a dicha entidad, la obligación de trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluidas cotizaciones completas, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses y rendimientos, con excepción de las cuotas de administración. A su vez, le impuso a Colpensiones la obligación de recibir las mencionadas sumas y, activar la afiliación de la asegurada al régimen de prima media con prestación definida, y condenó en costas procesales a PROTECCIÓN S.A., en favor de la actora.

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

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la apoderada judicial de COLPENSIONES.

Su disenso con la sentencia de primera instancia versó sobre su inconformismo por no haber ordenado el traslado de las cuotas de administración, argumentando que, conforme a la ley, no puede verse esta entidad privada de percibir esas cuotas, ya que se trata de ingresos a que tienen derecho las administradoras, y que la jurisprudencia nacional ha decantado como pertinente devolver luego de declararse la ineficacia, ya que – dice- será Colpensiones la entidad encargada de responder por la permanencia de la asegurada al régimen que administra, sin solución de continuidad. Apoyó

su tesis con jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Alegatos de Conclusión:

En la debida oportunidad procesal, la Dra. Gladys Marcela Zuluaga, con TP. Nro. 298.961 del CSJ., como apoderada judicial sustituto de PROTECCIÓN S.A., presentó alegatos de conclusión.

Esta Sala le reconoce personería jurídica amplia y suficiente a la citada profesional del derecho, para representar los intereses de PROTECCIÓN S.A. dentro de este proceso.

A través de dichos alegatos, en síntesis, solicitó a este colegiado que se revoque la decisión de devolver lo descontado para las primas de seguro previsional, entre otros conceptos, teniendo en cuenta que se trata de descuentos establecidos legalmente. Hizo referencia a la buena gestión de administración que empleó el fondo y los rendimientos financieros que se habrían generado en favor de la actora a partir de esa administración. Agregó que la sentencia da un indebido alcance al artículo 1,746 del CC, y sustentó argumentos de hecho y derecho adicionales para que se revoque esta decisión.

Por su parte, la Dra. Leidy Verónica González López, con TP. 196.444, en calidad de apoderada judicial sustituta de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión. Esta sala le reconoce personería jurídica amplia y suficiente para representar los intereses de la entidad en la citada calidad.

A través de dichos alegatos reiteró los argumentos de la apelación insistiendo en la devolución de las cuotas de administración, a efecto de lo cual citó la línea jurisprudencial del órgano de cierre sobre la materia, insistiendo en el retorno de estos conceptos a la entidad, debiéndose revocar la sentencia de primera instancia.

Y finalmente la apoderada judicial de la demandante, solicita en su escrito de alegaciones, se CONFIRME la sentencia proferida por la Juez Segundo Laboral del Circuito de Medellín al encontrarse ajustada a los postulados y a la actual línea jurisprudencial esbozada por la H. Corte Suprema de Justicia, y como consecuencia, las cosas vuelvan al estado que se encontraban antes de realizar el cambio de régimen de pensiones a Protección S.A, es decir, al mes de diciembre de 1998, y la razón principal para solicitar esta ineficacia, es la ausencia de consentimiento informado por parte de la demandante.

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; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia de traslado de régimen pensional, 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 de establecer si el traslado del RPM al RAIS que realizó la demandante a través de 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 que en tal virtud se efectúe, teniendo movilidad entre del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de dicho cambio.

Más que simplemente tratarse del paso de un régimen de reparto que constituye un fondo público común, a un régimen fundamentado en el ahorro del propio asegurado, el fondo privado que recibe a la persona trasladada, a través del agente adscrito a la administradora, debe garantizar al interesado una completa ilustración de las ventajas y desventajas que le representa en su caso concreto ese cambio. Y no se trata de una simple información o encuesta que se limite a indagar por los datos generales del afiliado, sino que debe corresponder a un examen real y profundo sobre todo su contexto laboral, familiar, económico e incluso social, de cara a la decisión que más convenga frente a los dos regímenes pensionales, en el marco del derecho a su libre elección.

De no realizarse esa antesala de asesoría, se afecta la eficacia y validez del acto de traslado, el cual será ineficaz, entendiéndose que el traslado nunca existió. Ello por cuanto, 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 subrayar, 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 luego de haber empezado a desarrollar una línea jurisprudencial desde el año 2008 (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008), que fue decantando su posición a través del desarrollo de instituciones como “*el buen consejo*”, “*la inversión de la carga de la prueba*”, además de avanzar en la consolidación del concepto propio de la seguridad social, al pasar de entender que, más que tratarse de una simple nulidad, lo que se presentaba con la ausencia de información, era la Ineficacia, como sanción propia del acto jurídico en estos temas (Sentencias 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), concluyó en una pacificada jurisprudencia (**sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019**), que en la actualidad continúa manteniendo su mismo sentido (Sentencia SL 3199 de 2020 entre otras).

Esta línea jurisprudencial, parte de destacar, que el deber de información es ineludible; que existe y se hace exigible, desde la propia creación de los regímenes pensionales que introdujo la Ley 100 de 1993, sin importar que, si bien se han promulgado normas más recientes en las que se ha desarrollado el tema (numeral 1º del Artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el Artículo 23 Ley 795 de 2003; Artículo 9 de la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2555 de 2010), se trata de una obligación que deriva de la propia Ley 100 de 1993, que promulgó la existencia de los dos regímenes pensionales, y el derecho a la libre elección.

También ha quedado claro, que a nivel procesal, el tema 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 preciso, asimismo, tener en cuenta, que para la Sala de Casación Laboral (SL 1688 de mayo de 2019), *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

Esta postura es consecuente con los postulados que rigen en materia social, conforme a los cuales en el juicio jurídico sobre los derechos de los trabajadores y los afiliados a la seguridad social, resulta más relevante la realidad que los formalismos; la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrado la formación del derecho a la pensión, y; el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, es el primero, 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 eventualmente exista movilidad 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...

CAS CONCRETO

Sea lo primero reseñar, que conforme a la prueba documental obrante a folios 15 y siguientes del expediente, se advierte que la señora ADRIANA MARÍA ALONSO MOYA, se vinculó al régimen de prima media con prestación definida a través del entonces Instituto de los Seguros Sociales, desde el 16 de junio de 1989, pasando posteriormente, partir de enero de 1999 a PROTECCIÓN S.A., en el marco del traslado de régimen pensional, donde permanece actualmente.

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 PROTECCIÓN S.A. no alcanzó a probar haber brindado asesoría con suficiencia a la demandante, en su proceso de traslado.

No puede pasarse por alto, que por el simple hecho que la asegurada haya suscrito un formulario de afiliación, ello equivalga a una completa asesoría conforme a las particularidades de su caso.

Para la época del traslado del demandante (año 1999), tal y como se refirió en precedencia, es indudable que eran exigibles estas obligaciones de asesoría, evidenciándose que la línea jurisprudencial en que se apoyó el A quo, y que esta Sala comparte, resultan completamente aplicables, siendo preciso concluir que el acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual, a través de PROTECCIÓN SA, fue ineficaz, y no produjo los efectos jurídicos pertinentes.

Se trata de la configuración de una sanción de pleno derecho (ineficacia), que se atribuye a la falta de cumplimiento de las obligaciones profesionales de la administradora del régimen privado, al no haber suministrado la información y asesoría pertinentes, en la oportunidad procedente, y no en otra posterior.

A partir de las anteriores consideraciones, la sentencia de primera instancia **será CONFIRMADA**, entendiéndose para todos los efectos legales, que la señora ADRIANA MARÍA ALONSO MOYA, siempre ha pertenecido como afiliado a Colpensiones, sin solución de continuidad.

Ahora, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta, pero a su vez resolviéndolo como punto de apelación formulado por COLPENSIONES, en lo relativo a las cuotas de administración, se hace menester revisar, en general, la orden de devoluciones dada al fondo privado codemandado en la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que se trata de un tema que involucra el futuro financiamiento de la pensión por parte de COLPENSIONES.

El juez de primera instancia ordenó a PROTECCIÓN S.A., trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, incluidas cotizaciones completas, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, con excepción de las cuotas de administración, declarando en el numeral 4º de la parte resolutive oficiosamente probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LOS DINEROS POR CONCEPTO DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DE LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL.

Sin embargo, esta Sala no comparte la decisión de no ordenar el traslado de las comisiones por administración, ya que, en acogimiento del 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, tal traslado se hace imperioso. Decantó la alta corporación: *“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 consecuencia, al ser evidente que el efecto de la ineficacia hace que las cosas retornen al estado en que se encontraban antes del traslado, y que estos descuentos se realizaron en ejecución de un contrato que no surtió

efectos ni nació a la vida jurídica, encuentran prosperidad los reparos presentados en la sustentación de la alzada por la apoderada judicial de COLPENSIONES con la sentencia de primera instancia, y por ello se **REVOCARÁ** el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia que se conoce en Apelación y Consulta, por cuanto declaró probada la referida excepción, para en su lugar ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., que en el término de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a COLPENSIONES las cuotas de administración descontadas.

Es intrascendente que a la cuenta de ahorro individual de la demandante hayan ingresado unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa del fondo, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización de la asegurada, cuando debe responder por una permanencia en el régimen, sin solución de continuidad; además, que precisamente por tratarse de descuentos que también existen en el régimen de prima media con prestación definida, no deben ser realizados por PROTECCIÓN S.A., sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada la actora.

Es pertinente incluso, **ADICIONAR** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de que PROTECCIÓN S.A., en el término de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, no solo devuelva lo ordenado, sino también el porcentaje de la garantía de la pensión mínima y las primas previsionales descontadas.

Ausencia de Costas procesales en segunda instancia.

En esta instancia no se han causado costas procesales, al haber prosperado el recurso de apelación formulado por COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia.

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: REVOCAR en numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, que se conoce en apelación y consulta, por cuanto declaró oficiosamente probada la excepción **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LOS DINEROS POR CONCEPTO DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DE LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL**, para en su lugar, **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, que en el término de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a **COLPENSIONES** las cuotas de administración descontadas, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la parte resolutive de esa misma sentencia, en el sentido de que la orden de devolución dada en primera instancia a **PROTECCIÓN S.A.**, que deberá cumplirse en el término de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, no solo comprenda lo ordenado por el A quo, sino también el porcentaje de la garantía de la pensión mínima y las primas previsionales descontadas, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR esa misma sentencia en todo lo demás.

CUARTO: ABSTENERSE de imponer costas procesales de segunda instancia, ya que las mismas no se causaron, conforme a lo expuesto.

QUINTO: SE ORDENA la notificación por estados de esta providencia, y se autoriza su reproducción virtual a las partes del proceso.

Los Magistrados:


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLÍN – SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados N ° **074** del **3 de mayo de 2021**.

Consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>