



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

Medellín, Febrero 16 de 2023

Radicado: 05001-31-05-001-2018-00520
Demandante: JUAN GONZALO ZAPATA ÁLVAREZ
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO ENTRE RÉGIMENES

La Sala Sexta de decisión, presidida por el magistrado ponente DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN, e integrada por las magistradas MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA Y ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, procede a emitir sentencia dentro del proceso ordinario laboral de la referencia; decisión que se emite en forma escrita atendiendo a las disposiciones del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Acreditados los presupuestos procesales y sin que se evidencien causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a emitir la presente decisión.

ANTECEDENTES

El proceso giró en torno a definir si le asiste derecho al demandante a la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS y el consecuente regreso al RPM. En ese mismo sentido, a establecer las consecuencias jurídicas que de esta resultarían.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La jueza de primera instancia indicó que, contrario a lo afirmado por el actor en el escrito de demanda no es destinatario del régimen de transición pues, no acredita lo dispuesto

en el artículo 36 de la ley. Respecto de la ineficacia de traslado indicó que, le correspondía a **PORVENIR** siendo el fondo convocante al traslado de régimen pensional, brindarle la información suficiente sobre las características del régimen que abandonaba y del que se invitaba a hacer parte. Dijo que, pese a que los fondos en escrito de demanda y alegatos aseguran haberle entregado al demandante información completa, admiten que la información fue únicamente verbal. En consecuencia, consideró que el demandante no recibió la debida asesoría en los términos que la ley y la jurisprudencia exige y por lo tanto declaró ineficaz el traslado de régimen ordenando el retorno al RPM y el traslado de dineros de la cuenta de ahorro individual junto con los valores descontados por administración, seguro previsional y garantía de pensión mínima indexados.

RECURSOS

PORVENIR solicitó se revoque la decisión de primera instancia indicando que, no es posible aplicar de manera indiscriminada la jurisprudencia que indica que es carga de las AFP aportar las pruebas que acrediten la debida asesoría a los afiliados, pues dichas obligaciones no le eran exigibles para el momento del traslado del demandante, agregando que para ese momento solo era obligación dar la información de manera verbal sin que existiera la exigencia de dejar plasmada la misma en un documento, ya que la misma solo surgió a partir del 2014.

Aseguró que el demandante ratificó su decisión de permanencia y seguir vinculado al RAIS al haber realizado traslado horizontal entre las administradoras sin ejercer su derecho de regresar al RPM.

Solicitó que en caso de considerar que es procedente la declaratoria de ineficacia, se revoque la condena de devolver las cuotas de administración y los porcentajes de seguro previsional, ya que estas últimas son pagadas a un tercero de buena fe, en razón de una relación contractual y administración son un concepto legalmente autorizado para descontar por parte de las administradoras de pensiones. Finalmente pidió sea revocada la condena en costas por considerar que son excesivas.

COLFONDOS presentó recurso de apelación solicitando sea revocada la condena impuesta respecto de la devolución de cuotas de administración y seguro previsionales, dijo que son conceptos de tracto sucesivo que se han causado con la periodicidad que impone la ley y por ende, aquellos que no fueron reclamados desde los 3 años de su causación se encuentran prescritos porque los pagos destinados a cubrir este rubro no son un factor de la financiación de la pensión de vejez en el RPM y por lo tanto son susceptibles de extinción con el transcurso del tiempo.

Dijo que, las pólizas ya cubrieron su específica destinación y esos descuentos no fueron realizados de manera arbitraria sino en cumplimiento de disposiciones legales. Indicó que no es procedente la devolución de los descuentos de la garantía de pensión mínima comoquiera que son dineros que ya se trasladaron a PORVENIR, y ordenarlos constituiría un doble pago. Finalmente se opuso a la indexación ordenada, resaltando que ni los dineros que se le está ordenando devolver ni la indexación hicieron parte de la fijación del litigio y dicha condena transgrede el principio de consonancia y de defensa. Dijo que, debió probarse la compensación toda vez que COLFONDOS es la única AFP que genera el doble de rendimientos que se les exige a las AFP-

ALEGATOS

Concedido el término que establecía el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte demandante y COLPENSIONES ratificaron sus argumentos de defensa y oposición de traslado, solicitando sea confirmada y revocada respectivamente, la decisión de primera instancia, y se tenga en consideración lo ampliamente expuesto en el transcurso del proceso.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentra por fuera de discusión que: **1) JUAN GONZALO ZAPATA ÁLVAREZ** nació el **26 de enero de 1962** (pág. 11, anexo 01). **2)** Se afilió por primera vez al sistema general de pensiones a través de ISS hoy COLPENSIONES el 5 de noviembre de 1980 (pág. 12 a 19, anexo 01). **3)** Luego, se trasladó a PORVENIR el 20 de marzo de 2002 (pág. 104,

anexo 01).4) Posteriormente a COLFONDOS el 23 de febrero de 2006 (pág. 195). 5) Finalmente PORVENIR el 1 de septiembre de 2011 (pág. 103, anexo 01).

Atendiendo a los aspectos objeto de apelación y estudiando el expediente en el grado de consulta por ser la decisión adversa a Colpensiones, se tiene que el eje central de la controversia en esta instancia gira en torno de establecer si procede la declaratoria de la ineficacia de traslado, conforme fue solicitado desde las pretensiones de la demanda así como las consecuencias derivadas de ellas.

Pues bien, en cuanto a la declaratoria de ineficacia pretendida ha de indicarse que, dentro del sistema general de pensiones coexisten los regímenes de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual, sistemas que aunque cubren las mismas contingencias, prevén distintos requisitos y métodos para acceder a las prestaciones, siendo la inscripción a uno u otro régimen un acto libre y voluntario que corresponde a cada afiliado; libertad que no podrá ser limitada por ninguna persona, so pena de imponerse sanciones pecuniarias, además de entender que “... ***La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador***” (artículo 271 Ley 100 de 1993 y artículo 13 ley 100 de 1993).

Para la Sala es relevante el análisis de la expresión de voluntad de la parte actora al trasladarse entre regímenes, con especial énfasis en las actuaciones desplegadas por la administradora de pensiones que ofrece el traslado, ya que le corresponde brindar una asesoría suficiente, explicando los riesgos y beneficios de este, ello para que la decisión esté debidamente informada, sea autónoma y consciente. Criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 3 de septiembre de 2014, radicado 46.292.

Se destaca que de cara a los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando la elección del régimen pensional no es producto de una decisión libre, se genera la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado (al respecto la sentencia CSJ SL 1689 de 2019).

Es así como, cuando la asesoría es nula, pobre o errada respecto a las consecuencias del traslado, se entiende que la decisión de trasladarse no fue un acto libre, ni voluntario, no estuvo precedida de la comprensión necesaria y, por tanto, no es eficaz.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. algunas de las exigencias que debe acreditar las AFP que provocaron el traslado de régimen de los afiliados para considerarse suficiente, así indicó en sentencia SL 2229 de 2022, en donde citó las sentencias CSJ SL19447-2017 y SL4964-2018.

*Al efecto, sobre la decisión libre y voluntaria que debe acompañar al acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de esta Sala, en sentencia SL19447-2017, ha sido consistente en señalar que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que **debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, habrá de estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea**. Tampoco se trata de diligenciar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de **haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero**.*

Se destaca el compromiso que debe asumir las AFP que ofrecen el traslado de régimen pensional, en tanto están ubicadas en el campo de la responsabilidad profesional y les compete prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, debiendo informar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisiones, de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba a la hora de verificar la eficacia en los traslados de régimen.

Cabe señalar que en sentencia SL 4360 de 2019, la Corte Suprema de Justicia enfatizó que, la firma del formulario de afiliación que incluye la reseña relativa a la aceptación de las consecuencias del traslado no suple el deber de información, ni resulta suficiente para darlo por demostrado, así indicó la Corte:

“Por otro lado, no es plausible asumir que la firma del formulario de afiliación implica la aceptación de que el afiliado recibió información oportuna y suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen. El derecho del trabajo y de la seguridad social se construye sobre realidades y verdades; por consiguiente, es inaceptable que bajo el escudo de un formalismo las administradoras se excusen del cumplimiento de sus deberes y responsabilidades legales”.

Precisó la Alta Corporación que, las consecuencias de una omisión o falencias en el deber de información produce ineficacia del acto, que lleva al funcionario judicial a declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, volviendo la situación al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación, esto es con efectos ex tunc (desde siempre).

Bajo esta premisa, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. ha indicado que, por efectos de la declaratoria de ineficacia los fondos privados de pensiones que perpetuaron la afiliación al RAIS deben retornar la totalidad del capital ahorrado, los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones, sumas depositadas en las cuentas de garantía de pensión mínima, con la respectiva indexación todos estos con cargo a sus propias utilidades, ya que al ser captados producto de un acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida, tal como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencias SL 4360 de 2019 y SL 2877 de 2020, de esta última se destaca algunos apartes:

“... 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. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional”.

Devolución que incluye los réditos o frutos producidos por los recursos depositados por los afiliados, por cuanto la declaratoria de ineficacia implica la restitución de todos los recursos incluyendo estos últimos, bajo el entendido que las partes son responsables de las pérdidas de la especie, sus frutos, entre otros, así indicó la Corte desde la sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, rememorada en sentencia SL 4811 de 2020, así:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala, en sentencia SL, del 8 de SEP. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

En adición, debe garantizarse que la devolución guarde la misma capacidad económica que lo sería de haber ingresado periódicamente al fondo común, por tanto, los conceptos a trasladar tales como gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima se retornarán con la debida indexación con cargo a los recursos propios de la entidad., así se indicó en sentencia SL 950 de 2022:

También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

En consecuencia, al resolver la consulta a favor de COLPENSIONES habrá de adicionarse el numeral primero del fallo del a quo, en el sentido de que PROTECCIÓN S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, 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. Al momento de cumplirse esta 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 justifiquen.

Declaratoria de ineficacia de traslado entre regímenes y la consecuente devolución de dineros captados, que no se halla sujeta al término prescriptivo dado el carácter irrenunciable de los derechos pensionales y todos los factores que lo componen, como es el caso de la permanencia a un régimen pensional, el que determinará la forma como se accede a la prestación, así lo indicó la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia SL 1689 de 2019:

“Entonces, desde un enfoque material y en respeto de los parámetros aludidos ya adoptados por la Sala frente a los asuntos pensionales, es lógico concluir que la ineficacia de traslado de régimen pensional, también goza del carácter de imprescriptible, en la medida que su declaratoria, le permitirá al peticionario obtener la satisfacción de un derecho que comparte esa misma condición y cuya protección real y efectiva, conlleva el cumplimiento de los objetivos que legal y constitucionalmente caracterizan a un Estado social de derecho”.

Ahora bien, **descendiendo al caso analizado**, se tiene que las **AFP PORVENIR y COLFONDOS** no allegaron los correspondientes argumentos probatorios que demuestren la suficiencia de la asesoría brindada. Fue así como, en las diferentes intervenciones se limitaron a indicar que quien acciona decidió de forma libre y voluntaria suscribir el formulario de afiliación, que para la fecha de traslado se cumplió con todos los preceptos que para la época le eran exigibles.

Explicaciones que además de escasas, no permiten establecer que se brindara la información suficiente, clara y veraz para que se entendiera que se conocían las condiciones del régimen al que ingresaba. En lo que tiene que ver con el interrogatorio de parte, no contiene prueba de confesión que desvirtué lo afirmado, pues se mantuvo en los términos allí indicados en su demanda.

En suma, no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre-forma que contiene una leyenda referente al consentimiento, no sule el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal, que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021).

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual o el movimiento entre administradoras de este sistema, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público.

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de quien acciona, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS pues, se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrara sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **JUAN GONZALO ZAPATA ÁLVAREZ**.

Declaratoria de ineficacia de la afiliación que irradia a todas las relaciones generadas desde tal transición, por tanto, corresponde a la **AFP PORVENIR** en un término no superior a 30 días desde la ejecutoria de esta providencia, retornar los recursos provenientes de la afiliación de la parte actora, que se componen de los montos depositados en las cuentas de ahorro individual con sus rendimientos, bonos pensionales si se hubieren generado, además de las cuotas de administración, los

porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales, dineros que deberán estar indexados; descuentos que si bien en su momento tenían un fundamento legal, en el presente evento se quedan sin sustento en tanto el acto jurídico de traslado al RAIS no fue eficaz.

En el mismo término de 30 días, la **AFP COLFONDOS** habrá de trasladar a Colpensiones los recursos captados del accionante y los que fueron destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales para las contingencias de invalidez y muerte, además de los recursos para **el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS**.

En adición, debe entenderse que la devolución de estos dineros obedece al principio de sostenibilidad financiera a fin de evitar un detrimento patrimonial al fondo público, siendo Colpensiones quien reconocerá las eventuales prestaciones a que tenga derecho el accionante, por tanto, operará bajo la devolución de la totalidad de recursos captados de la parte actora, al igual que los rendimientos que estos generaron, más la indexación de los rubros correspondientes a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a los recursos propios de la **AFP PORVENIR y COLFONDOS**.

Respecto a la devolución total de los recursos captados de la parte actora, ha de indicarse que contrario a lo manifestado por la AFP recurrente, dada la conformación del RPM, que corresponde a un fondo común al cual se integran los recursos de todos los afiliados y no existe un reaseguramiento de las contingencias de invalidez y muerte, es claro que, todos los dineros inciden en el financiamiento del sistema y por ende en la prestación a que eventualmente aspirará la parte actora. Por tanto, corresponde a las **AFP PORVENIR y COLFONDOS** remitir a Colpensiones todos los recursos captados de la parte activa, tal como se indicó.

Una vez sean trasladados los recursos por parte de las AFP del RAIS accionadas, corresponde a Colpensiones recibir los dineros, con el fin de que se vean reflejados en la historia laboral del demandante como semanas de cotización imputadas a los

periodos que fueron reportados en el RAIS y de acuerdo con el IBC de aporte, las que habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional a que haya lugar.

En síntesis, se declara la ineficacia de la afiliación al RAIS, con la consecuente devolución de la totalidad de los valores recibidos con motivo de la afiliación, más sus rendimientos e indexación, como ya se indicó.

Finalmente, respecto de los reparos presentados por PORVENIR sobre la imposición de costas fijadas en primera instancia, ha de indicarse que le asiste razón al apelante cuando afirma que las mismas no tienen un carácter sancionatorio, sino que son de aplicación objetiva conforme el artículo 365 del CGP y por esa misma razón no se variará la condena en costas fijadas en primera instancia, y solo se hará la aclaración de que se trata de una condena objetiva. Sin que sea de recibo los argumentos expuestos por la apelante, cuando indica que todos los demandados deben ser condenados en costas, pues la absolución de las demás partes respecto de las costas no es una decisión que le perjudique y por lo tanto no está legitimado para presentar recurso frente a ello.

Costas en primera instancia como indicó el A quo. En esta, a cargo de PORVENIR y COLFONDOS se fijan en la suma de 1SMMLV a favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia de primer grado indicando que, corresponde a la **AFP PORVENIR en un término no superior a 30 días** desde la ejecutoría de esta providencia, retornar los recursos captados de la parte actora que se componen del capital y sus rendimientos, bonos pensionales si estos se hubieren generado, **también retornará con la debida indexación las cuotas de administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales para el reaseguramiento de las contingencias de invalidez y sobreviviente.** Dineros que

serán recibidos por Colpensiones y serán imputados a los periodos efectivamente cotizados.

En el mismo término de 30 días, la **AFP COLFONDOS** habrá de trasladar a Colpensiones los recursos captados del accionante y que fueron destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales para las contingencias de invalidez y muerte, además de los recursos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

En los demás aspectos se confirma la decisión de primera instancia.

Lo resuelto se notifica por Edicto.

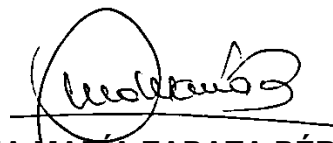
Los Magistrados,



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la siguiente providencia:

Radicado: 05001-31-05-001-2018-00520
Demandante: JUAN GONZALO ZAPATA ÁLVAREZ
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR
Decisión: CONFIRMA Y ADICIONA

Magistrado ponente DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado hoy 20 febrero de 2023 a las 8:00 am, desfijado en el mismo día a las 5:00 Pm y se publica en la página web institucional de la Rama judicial por el término de 1 día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 ibídem. La notificación se entenderá surtida al término de fijación del Edicto

RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS

SECRETARIO