



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

Medellín, marzo 9 de 2023

Radicado: 05001-31-05-010-2019-00425-01
Demandante: MERY MARTÍNEZ DUARTE
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN, COLFONDOS Y PORVENIR
S.A.
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO ENTRE REGÍMENES

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.

Atendiendo a la sustitución de poder allegado por el representante legal de la sociedad CONSULTORES ASOCIADOS EN SEGURIDAD SOCIAL S.A.S. se reconoce personería jurídica a la Dra. LUZ ALEJANDRA ESCOBAR HOLGUÍN, quedando investida de todas las facultades que confirió la entidad poderdante y aquellas inherentes al poder conferido (artículo 77 C.G.P.).

ANTECEDENTES

El proceso giró en torno a definir si le asiste derecho a la 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.

En sentencia de primera instancia, el A quo tras manifestar que las AFP accionadas no probaron haber ilustrado a la actora de las consecuencias del traslado entre regímenes y el haber brindado una información profesional, completa y veraz respecto de las implicaciones de tal acto jurídico, declaró ineficaz el traslado entre regímenes, con la consecuente obligación solo a la AFP Porvenir de retornar los recursos acopiados en la cuenta individual, junto con los rendimientos que se hubieren generado y las comisiones cobradas. Condenó en costas a las sociedades vencidas.

Inconforme con la decisión fue **recurrida por la AFP Porvenir**, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, expresando que la esta cumplió a cabalidad con las disposiciones legales vigentes para el momento del traslado y que era voluntad de la demandante pertenecer al RAIS, este aceptando la voluntad de la demandante de afiliarse y de mantenerse por más de 26 años.

Finalmente expone, que por efectos de la declaratoria de ineficacia no es posible trasladar con cargo al propio patrimonio de la AFP los descuentos realizados durante el tiempo de la afiliación, estos orientados a los gastos de administración, los cuales son autorizados legalmente y ya no se encuentran en poder de la AFP.

También fue **recurrida Colpensiones**, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, exponiendo que la afiliación de la demandante al RAIS goza de plena validez, toda vez que en el momento en el que decidió trasladarse de

régimen, estaba aceptando las condiciones pensionales de este, aunado a que la motivación del proceso no es otra que la disparidad en cifras.

De forma subsidiaria expuso que de confirmarse la declaratoria de ineficacia, se disponga que las AFP reintegren la totalidad de los recursos captados de la actora que correspondieron a gastos de administración, primas para el cubrimiento de seguros previsionales y contribuciones para el fondo de garantía de pensión mínima, estos con la debida indexación.

ALEGATOS

Concedido el término que establecía el artículo 13 la Ley 2213 de 2022, la AFP **Porvenir y Colpensiones** presentaron escritos donde reiteran sus argumentos de defensa y oposición frente a las condenas emitidas por el A quo.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentra por fuera de discusión que: **1) Mery Martínez Duarte** estando afiliada al extinto ISS desde el año 1985, según historia laboral (página. 55 archivo N°01) se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena (hoy Protección) en el mes de diciembre de 1995 (página 304 archivo N°01), migrando en el mes de octubre de 2012 a la AFP Colfondos (página 39 archivo N°01) y finalmente, trasladándose a la AFP Porvenir en abril de 2015(página 377 archivo N°01) **2)** Que en octubre de 2018 solicitó a las AFP y a Colpensiones el retorno al Régimen de Prima media, peticiones negadas por las entidades, indicando que la afiliación se presume válida y argumentando estar a menos de 10 años para causar la prestación (página. 37-67archivo 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 el traslado entre regímenes fue eficaz, así como las consecuencias jurídicas que resultan de tal situación.

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 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 1° del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.***

Se destaca el compromiso que debe asumir la AFP que ofrece 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 producen 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).

Y 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** privadas no allegaron los correspondientes argumentos probatorios que demuestre 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 afirmando, pues se mantuvo en los términos allí indicados en su demanda.

En suma, tal como lo dedujo el juzgador de primer grado, 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 contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple 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 la accionante, 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 **Mery Martínez Duarte**.

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 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, le corresponde a las **AFP Colfondos** y **Protección** trasladar a Colpensiones los recursos captados de la 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 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 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 las **AFP Porvenir, Colfondos y Protección**.

Respecto a la devolución total de los recursos captados de la actora, ha de indicarse que contrario a lo indicado por las AFP recurrentes, 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 actora. Por tanto, corresponde a las **AFP Porvenir, Colfondos y Protección** remitir a Colpensiones todos los recursos captados de la actora, 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 de la A 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.

Costas en primera instancia como indicó el A quo. Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, de las que se tasan las agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, adiciona la sentencia de primer grado, indicando que corresponde a las **AFP Porvenir en un término no superior a 30 días** desde la ejecutoria de esta providencia, retornar los recursos captados de la 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.

De igual forma, corresponde a las **AFP Colfondos y Protección** en el mismo término de 30 días desde la ejecutoria de esta decisión retornar a Colpensiones los recursos captados de la actora que correspondieron a gastos de administración, primas para el cubrimiento de seguros previsionales y contribuciones para el fondo de garantía de pensión mínima, estos con la debida indexación y con cargo a los recursos propios de esta AFP.

Costas en primera instancia como indicó el A quo. Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir de las que se tasan las agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

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

Lo resuelto se notifica por Edicto.

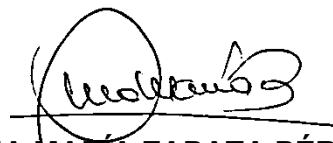
Los Magistrados,



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: 05001-31-05-010-2019-00425-01
Demandantes: **MERY MARTÍNEZ DUARTE**
Demandados: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**
Decisión: **CONFIRMA Y ADICIONA**
Magistrado ponente **DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN**

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado hoy 15 de marzo 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 idíbem. La notificación se entenderá surtida al término de fijación del Edicto

RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO