



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA LABORAL

Medellín, marzo 27 de 2023

Radicado: 05001-31-05-003-2018-00659-01
Demandante: **NELCY DEL SOCORRO CORREA OSPINA**
Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS 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.

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 resultarían de tal declaratoria.

En sentencia de primera instancia, el A quo manifestó que la AFP Colfondos S.A no probó haber ilustrado a la actora de las consecuencias del traslado entre regímenes, causándole un grave perjuicio; por tanto, para efectos de restablecer el daño generado, declaró la “ineficacia por inaplicación constitucional” de la pérdida de las condiciones pensionales del régimen de prima media.

En este sentido estableció que COLFONDOS dentro del mes siguiente a la petición escrita de pensión de vejez de la demandante, deberá reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez bajo el RPM. Además, estableció el deber de solicitar a Colpensiones el cálculo pensional con miras a subrogación pensional. El que deberá ser realizado por Colpensiones dentro de los 2 meses siguientes, informándolo a Colfondos, quien en un plazo de 1 mes siguiente lo pagará. Mientras no se pague el cálculo actuarial subsistirá en Colfondos la obligación de pagar la mesada pensional.

Indicó que una vez Colpensiones reciba el cálculo actuarial pagará la mesada pensional bajo el RPM.

De igual forma autorizó a la AFP Colfondos financiar parte del cálculo actuarial pensional que se ordenó trasladar a Colpensiones, utilizando para ello los ahorros pensionales de la demandante, rendimientos, bonos pensionales y cualquier otra suma. Por último, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones y gravó en costas a la AFP Colfondos.

Inconforme con la decisión fue **recurrida por la AFP Colfondos SA** solicitando el revocatorio total de la decisión, exponiendo que el traslado de régimen se realizó conforme a los requisitos legales, presupuestos de eficacia y en total ausencia de causales de nulidad; que la AFP cumplió con la carga probatoria como lo es el formulario, única prueba exigida para la fecha del traslado, además que el fallador de instancia se alejó del precedente construido por la jurisdicción ordinaria laboral en este asunto, y en caso de ser confirmada la declaratoria de ineficacia, se revoque la condena en lo atinente a pagar mesadas pensionales en los términos del RPM en la forma dispuesta por el A quo, incluido el cálculo actuarial con subrogación pensional y que no se ordene a la devolución de cuotas de administración.

A su vez, la **parte activa** expuso estar de acuerdo con el pronunciamiento respecto a la declaratoria de ineficacia, sin embargo, se aparta del pronunciamiento a las consecuencias jurídicas de dichas declaraciones, las cuales deben ceñirse a la línea jurisprudencial que se argumentó en el escrito de demanda, por lo tanto, señaló que debe ordenarse el traslado al RPM, administrado por Colpensiones, y que es esta la que le corresponde reconocer y pagar la pensión de vejez.

ALEGATOS

Concedido el término que establecía el artículo 13 la Ley 2213 de 2022 la AFP **Colfondos SA, Colpensiones y la activa** reiteraron los argumentos de demanda, oposición y apelación.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentra por fuera de discusión que: **1) Nelcy del Socorro Correa Ospina** nació el 6 de mayo de 1961 (Página 24, archivo N°02). **2)** Que la actora realizó cotizaciones al RPM a través del extinto ISS desde el 24 de septiembre de 1986, según historia laboral (páginas 1/5, archivo N°12), migrando al RAIS a través de la AFP Colfondos según formulario de afiliación (página 27, archivo N°02) entidad a la que permanece afiliada hasta el momento de presentación de la acción judicial. **3)** Que en junio del año 2018 solicitó a Colpensiones el retorno al Régimen de Prima media, petición negada aduciendo estar a menos de 10 años para causar la prestación (página 63 archivo N° 02).

Atendiendo a los aspectos objeto de apelación y estudiando el expediente en el grado de consulta en favor de Colpensiones, se advierte 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 del mismo, 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 que, 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 refirió algunas situaciones que generan ineficacia a la afiliación, relativa a la insuficiencia de la información brindada, así indicó en sentencia SL 2611 de 2020:

De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existe ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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 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, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado 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”.

Así las cosas, **descendiendo al caso analizado**, se tiene que Colfondos no allegó los correspondientes argumentos probatorios que demuestre la suficiencia de la asesoría brindada, limitándose a exponer que quien acciona realizó de forma voluntaria la migración de régimen, brindando la información que le era exigible de la que no debía quedar constancia, más allá de la firma del formulario de afiliación.

Por su parte, la actora dentro de interrogatorio de parte expresó que la migración entre régimen se realizó producto de una asesoría de la AFP Colfondos en su lugar de trabajo, a través de una breve reunión individual, donde se le expuso que al trasladarse de régimen tendría una mejor pensión, que conforme al aporte se aumentaría la prestación. Señaló que antes de cumplir 47 años no recibió re-asesoría, nunca tuvo una llamada telefónica o recomendación de permanecer o regresar a RPM.

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.

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 firma 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, 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, resaltando que no es dable alegar que la afiliada refrenda el traslado por no proveerse de información adicional, en tanto las administradoras de pensiones se hallan sujetas al estatuto financiero, imponiéndoles brindar a sus usuarios información completa y clara, obligación que no pueden trasladar a sus afiliados, pretendiendo que estos desconfíen de la información dada y busquen asesorías externas (artículo 97 del Decreto 663 de 1993¹).

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 de régimen pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a establecer las consecuencias propias de un acto ineficaz.

Ahora bien, el A quo consideró que las consecuencias de la falta de información se subsanan bajo la pervivencia para la actora de las condiciones pensionales propias del RPM, estableciendo una serie de obligaciones y plazos para su cumplimiento, que

¹ ARTICULO 97. INFORMACION.

1. Información a los usuarios. <Numeral modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.

En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios.

consisten en el deber de Colfondos de asumir un cálculo actuarial que determine el monto necesario para financiar una pensión en los términos de la Ley 797 de 2003.

Empero para esta corporación tales consecuencias, además de ajenas a aquellas señaladas por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en temas de ineficacia de traslado entre regímenes pensionales y aquellas pretendidas por la activa conforme al escrito de demanda y fijación del litigio, develan irregularidades en tanto el fallador de primera instancia asigna unas responsabilidades que rompen con la estructura del sistema pensional y cuantifica unas condenas en porcentajes que no se hallan sustentadas en ninguna norma.

Así las cosas, 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 de la señora **Nelcy del Socorro Correa Ospina** al RAIS, pero serán modificadas las órdenes consecuenciales, así:

Por efectos de la decisión aludida corresponde a la **AFP Colfondos SA** 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.

Una vez sean trasladados los recursos por parte de la AFP del RAIS accionada corresponde a Colpensiones recibir los dineros con el fin de que se vean reflejados en la historia laboral de la demandante como semanas de cotización imputadas a los periodos que fueron reportados en el RAIS y de acuerdo al 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 que **Colfondos SA** recibió con motivo de la afiliación de la demandante, más sus rendimientos e indexación, como ya se indicó.

En lo que respecta a la causación de la pensión de vejez se debe atender a las reglas del artículo 9 de la ley 797 de 2003. modificadorio del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, cuya satisfacción no fue probada ya que pese a que la señora Correa Ospina arribó a los 57 años el 6 de mayo de 2018. (pagina. 25 Archivo N° 2), conforme a la historia laboral expedida en junio de 2018 (pág 31/44) para tal ciclo de mayo de 2015 se acumulaba 1199.5 semanas, sin que se demuestren cotizaciones posteriores, cúmulo insuficiente para acceder a la prestación por lo que impróspera es la pretensión de acceso a la pensión de vejez.

Resta por indicar que se mantiene la condena en costas que efectuó el A quo, sin que se generen costas en esta instancia en tanto los argumentos de las recurrentes fueron acogidos parcialmente.

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, confirma la declaratoria de ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, pero revoca las restantes órdenes impuestas por el A quo, salvo la condena en costas.

En su lugar dispone que, por efectos de la ineficacia de traslado de la **Nelcy del Socorro Correa Ospina** ha de entenderse que esta nunca migró del régimen de prima media y sus condiciones pensionales no han mutado.

Por efectos de la declaratoria de ineficacia la **AFP Colfondos 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, primas de seguros previsionales de invalidez y sobreviviente. Dineros que serán recibidos por Colpensiones y serán imputados a los periodos efectivamente cotizados.

Corresponde a Colpensiones recibir los recursos que sean traslados del RAIS los que se convalidarán como semanas efectivamente cotizadas en el RPM.

Se declarara la excepción de inexistencia de la obligación respecto a la petición de reconocimiento pensional.

Costas en primera instancia como dispuso la A quo. Sin costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica por Edicto.

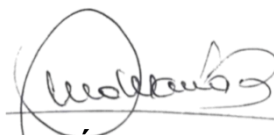
Los Magistrados,



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: 05001-31-05-003-2018-00659-01
Demandante: **NELCY DEL SOCORRO CORREA OSPINA**
Demandados: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**
Decisión: **CONFIRMA, REVOCA Y ADICIONA**
Magistrado ponente **DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN**

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado hoy 28 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