



**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL**

Junio tres (3) de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 05001-31-05-**011-2018-00484-01**
Demandante: MARÍA PIEDAD TIRADO ESCOBAR
Demandado: COLPENSIONES – PROTECCIÓN 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 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020

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

ANTECEDENTES

La demandante, de manera principal, pretende la declaratoria de nulidad de traslado entre regímenes, acusando la transgresión a su derecho a la libre elección, conculcado por la AFP PROTECCIÓN S.A. ante la falta de información para realizar la migración entre regímenes. Como consecuencia de ello solicita se declare que siempre ha estado válidamente afiliada en pensiones al régimen de prima media con prestación definida; se imponga condena al traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos financieros. Frente a

COLPENSIONES, pretende que se le condene a aceptar el reintegro sin solución de continuidad y a que reciba los aportes que deberá trasladar PROTECCIÓN S.A. Finalmente, solicita se imponga condena en costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, la demandante solicita la declaratoria de ineficacia de de traslado entre regímenes, como consecuencia de ello, pretende que se entienda sin solución de continuidad la afiliación al RPM; se imponga condena al traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos financieros. Frente a COLPENSIONES, pretende que se le condene a aceptar el reintegro sin solución de continuidad y a que reciba los aportes que deberá trasladar PROTECCIÓN S.A. Finalmente, solicita se imponga condena en costas y agencias en derecho, además de lo ultra y extra patita que quede demostrado en el desarrollo del proceso.

El A quo, tras indicar que PROTECCIÓN S.A. no demostró su deber de información, con fundamento en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 4360 de 2019 y la SL 1452 de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS de la actora y ordenó su traslado del RAIS al RPM. Por eso, dispuso que PROTECCIÓN S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES los aportes de la demandante como son cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses en razón a la declaración de la ineficacia del traslado, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y el 0,5% destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima con anterioridad al año 2004; y a partir del 01 de enero de 2004 el 1,5% correspondiente a la garantía de la pensión mínima, debiendo COLPENSIONES recibir los dineros entregados. y reactivar la afiliación de la señora María Piedad Tirado Escobar sin solución de continuidad. Finalmente, impuso condena en costas a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$1'316.704,5 la cual se distribuye en \$877.803,00 a cargo de PROTECCIÓN S.A. y la suma de \$438.901,5 a cargo de COLPENSIONES.

Determinación ésta que fue materia de apelación por las apoderadas de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES así:

La AFP PROTECCIÓN S.A. presenta objeción a la condena impuesta frente al traslado de comisiones de administración, seguros provisionales y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por cuanto las comisiones y seguros fueron deducidos de los aportes por disposición legal y los mismos fueron cancelados a un tercero de buena fe, además de indicar que los rendimientos fueron fruto de la buena gestión adelantada por la AFP en la administración.

A su vez, COLPENSIONES presenta recurso de apelación frente a la condena en costas impuesta a su cargo, ya que señala ser un tercero de buena fe frente a la controversia suscitada, toda vez que ha actuado conforme a derecho, pues la negativa de traslado entre regímenes de la demandante obedeció a su solicitud tardía.

ALEGATOS

Concedido el término que establece el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, COLPENSIONES alega que funge como un garante ante un eventual restablecimiento del derecho de la demandante, por lo que no considera improcedente la condena en costas y agencias en derecho. En ese orden de ideas, y a través del recurso interpuesto, solicita respetuosamente sea revocada la condena en costas y agencias en derecho.

A su vez, PROTECCIÓN S.A. solicita se revoque la orden impartida respecto del traslado de los gastos de administración y el seguro previsional por parte del y se le absuelva de trasladar a Colpensiones el valor de la comisión de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y solo sea ordenado el

traslado la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentra por fuera de discusión: **1)** Que la demandante nació el 16 de abril de 1962 (fl. 60¹); **2** Que realizó cotizaciones al RPM a través del extinto ISS entre el 14 de agosto de 1981 al 31 de octubre 1996 (fl. 60²); y **3)** Que el 30 de octubre de 1996 la demandante solicitó traslado entre regímenes ante la AFP PROTECCIÓN S.A., traslado que se hizo efectivo a partir del 1 de noviembre de 1996 (fls. 22 y 85).

Atendiendo a los aspectos objeto de apelación y en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, corresponde a esta corporación establecer si el traslado que la accionante efectuó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad fue eficaz y la procedencia de condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

Pues bien, dentro del sistema general de pensiones coexisten los regímenes de prima media con prestación definida y el de ahorro individual, los que cubren las mismas contingencias, pero 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).

¹ Archivo 05001310501120180048400 EXPEDIENTE ADVO_GEN-DDI-CI-2018_9471450-20180806120609

² Archivo 05001310501120180048400 HISTORIA LABORAL_GRP-SCH-HL-66554443332211_1349-20181106042629

Para la Sala es relevante el análisis de la expresión de voluntad del actor al trasladarse entre regímenes, con especial énfasis en las actuaciones desplegadas por las administradoras de pensiones que ofrece el traslado o recibe al afiliado, ya que le corresponde brindar una asesoría suficiente, explicando los riesgos y beneficios del traslado, 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.

Por el contrario, 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 la AFP que ofrece el traslado de régimen, 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 una inversión 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 celebró, volviendo la situación al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido, 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 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, 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, toda vez que 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, adocrinó:

[...]

“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.

Ahora bien, **descendiendo al caso analizado** se tiene que la AFP PROTECCIÓN S.A. no allegó los correspondientes argumentos probatorios que demuestren la suficiencia de la asesoría brindadas a la demandante tal como lo señala en la respuesta a los hechos 4, 5 y 6 de la demanda, aduciendo que el formulario de afiliación es prueba de la debida información brindada a la actora (fls 62 a 64)

Por el contrario, la demandante en su interrogatorio (min 24 en adelante) indicó que su decisión de traslado a PROTECCIÓN S.A. obedeció a mejores expectativas pensionales, ya que el asesor de la AFP les indicó que se jubilarían más jóvenes y con mejor pensión, además de habersele indicado que el Seguro Social se iba a acabar, no obstante, mencionó haberse sentido engañada, ya que la diferencia en el monto de su pensión entre regímenes es sustancial y solo pudo evidenciarlo al momento de adelantar los trámites para acceder a su pensión.

Como prueba documental reposan los diferentes formularios de afiliación de la activa al RAIS (fls. 22 y 85), que corresponden a formas pre-elaboradas, que no da cuenta del fidedigno conocimiento de las condiciones del régimen al que ingresa y que si bien contienen una reseña de aceptación, esta resulta insuficiente para dar cuenta del debido convencimiento de renuncia a las condiciones pensionales del régimen que abandonaba y aceptación de aquellas propias del sistema al que ingresaba.

Adicionalmente, a fls. 23 a 27 reposa documento fechado del 25 de septiembre de 2017, en el que se muestra que la mesada pensional de la demandante a los 57 años en el RPM sería \$7.109.183 y en el RAIS \$3.034.419.

Son estas las pruebas aportadas al proceso, las que valoradas en conjunto permiten concluir 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 el traslado. Antes bien, se presenta una total desinformación de la actora, y una omisión por parte de la AFP accionada que en ningún momento presentaron un panorama real de las condiciones pensionales del régimen pensional al cual ingresaba, incluso usando expresiones engañosas como la de pensionarse más joven y obtener una mesada pensional superior a aquella que reconocería el régimen que se abandonó.

Es así que, tal como lo mencionó el A quo, no se avizora una decisión informada y consciente, y por ende, una manifestación libre y voluntaria por parte de la afiliada para trasladarse de régimen, exigencia que no pueda considerarse satisfecha con el simple diligenciamiento del formato diseñado por PROTECCIÓN para esos efectos y plasmarse en él con la correspondiente firma, como lo sostiene la entidad en la respuesta al hecho sexto de la demanda (fls. 63 y 64), puesto que es obligación del fondo de pensiones acreditar que asesoraron al asegurado de manera clara y suficientemente, sobre los efectos que podía acarrear ese cambio, la que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, (ver sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989), tal y como de manera pacífica ha dicho la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en la sentencia CSJ SL17595-2017.

Así las cosas, habrá de confirmarse que tal afiliación no fue eficaz, no surtió efectos y ha de entenderse que MARÍA PIEDAD TIRADO ESCOBAR, nunca estuvo válidamente afiliada al RAIS; permaneciendo en el régimen del cual migró, en este caso el RPM a través de COLPENSIONES.

Reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de la AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas.

Así las cosas, por efectos de la declaratoria de ineficacia corresponde a la AFP PROTECCIÓN SA, en un término no superior a 30 días desde la ejecutoria de

esta providencia, retornar los recursos provenientes de las afiliaciones de la actora, que se componen de los montos depositados en las cuentas de ahorro individual con sus rendimientos, además de las cuotas de administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales, primas de reaseguros de Fogafín y prima para la contratación de la póliza de renta vitalicia, descuentos que si bien son autorizados por ley, en el presente evento no cuenta con un sustento legal en tanto el acto jurídico de traslado al RAIS no fue eficaz. Adicionalmente debe entenderse que la devolución de estos dineros obedece al principio de sostenibilidad financiera a fin de evitar un detrimento patrimonial al fondo público, entidad que efectivamente tendrá que reconocer las prestaciones a que tenga derecho la accionante.

Se precisa que los recursos provenientes del RAIS no podrá ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP que generó el traslado de régimen, se encuentra obligada a asumir el pago de la diferencia, esto para garantizar la sostenibilidad financiera del régimen de prima media, bajo el entendido que será COLPENSIONES quien habrá de reconocer las prestaciones que eventualmente cause la señora de Tirado Escobar, en este sentido se adicionará la sentencia.

Una vez sean trasladados los recursos por parte de PROTECCIÓN del RAIS, 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 PROTECCIÓN recibió con motivo de la afiliación de María Piedad Tirado Escobar

Finalmente, se advierte que el Juez de instancia condenó en costas a COLPENSIONES, decisión que será REVOCADA, ya que, además de los argumentos expuestos en su recurso de apelación, esta entidad no intervino en manera alguna en el acto jurídico de traslado al RAIS de la parte activa.

Por lo anterior, costas en primera instancia únicamente a cargo de PROTECCIÓN en la suma que indicó el A quo. En esta instancia a cargo también de la AFP PROTECCIÓN por resultar vencidas en sus réplicas, de las que se tasan como agencias en derecho en la suma de 2 SMMLV.

En los términos expuestos queda resuelto el aspecto objeto de apelación y revisada en consulta.

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 decisión de declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, debiendo modificarse el numeral “TERCERO” de la sentencia así:

“TERCERO: Condena a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** para que en un término no superior a 30 días desde la ejecutoria de esta providencia, retorne los recursos provenientes de la afiliación de la señora María Piedad Tirado Escobar, que se componen de los montos depositados en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, además de las cuotas de administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros

previsionales, primas de reaseguros de Fogafin y prima para la contratación de la póliza de renta vitalicia.”

Adiciona la sentencia indicando que el monto trasladado no puede ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el demandante hubiere permanecido en el RPM y de existir déficit, **PROTECCIÓN S.A.** asumirá asumir el pago de la diferencia.

LA REVOCA en lo relativo a las costas procesales a cargo de COLPENSIONES.

Costas en ambas instancias a cargo de PROTECCIÓN S.A. En esta instancia se tasan las agencias en derecho en la suma de 2 SMMLV.

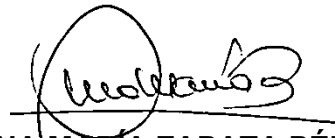
Los Magistrados,



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

CERTIFICO: Que la anterior providencia fue notificada en Estados N° 98 publicados por medios digitales el 8 de junio de 2021