



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

Junio dieciséis (16) de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 05001-31-05-**013-2019-00364-01**
Demandante: LUIS ALBERTO VALENCIA RUÍZ
Demandado: COLPENSIONES – PROTECCIÓN S.A. S.A. - 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 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020

En los términos de la sustitución de poder presentada, se reconoce personería para representar los intereses de COLPENSIONES a la abogada CARMEN YOJANA RAMÍREZ VILLEGAS portadora de la T. P. 157.953 del C. S. de la J.

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

ANTECEDENTES

Pretende el demandante la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de traslado entre regímenes, acusando la transgresión a su derecho a la libre elección, conculcado

por la AFP PROTECCIÓN S.A. S.A. ante la falta de información para realizar la migración entre regímenes, así como también al momento del traslado entre fondos. Como consecuencia de ello solicita se declare que siempre ha estado válidamente afiliado en pensiones al régimen de prima media con prestación definida; se imponga condena en cabeza de PORVENIR S.A. al traslado de todos los valores que se encuentren en su cuenta de ahorro, con los rendimientos que se hubieran causado. Frente a Colpensiones, solicita le sea ordenado recibir todos los aportes y a autorizar su regreso al RPM sin solución de continuidad. Finalmente, solicita se imponga condena en costas y agencias en derecho a las demandadas.

La A quo, tras indicar que PROTECCIÓN S.A. no demostró su deber de información, con fundamento en las sentencias SL 4989 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 4360 de 2019 y la SL 1452 de 2019, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar, con destino al RPM dentro de los 30 días siguientes a la firmeza de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 1 de septiembre de 1999 exclusivamente por la afiliación del señor LUIS ALBERTO VALENCIA RUIZ, con los rendimientos que se hubieran causado, como si hubiera permanecido en el RPM. Frente a PROTECCIÓN S.A., impuso condena a trasladar con destino a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, las cuotas y/o gastos de administración, exclusivamente por la afiliación del señor demandante, desde el 1 de diciembre de 1996 hasta el 31 de agosto de 1999. En concordancia, ordenó a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero y a activar la afiliación del señor LUIS ALBERTO VALENCIA RUIZ. Finalmente, por concepto de costas procesales, condenó a PROTECCIÓN y PORVENIR a cancelar a la demandante la suma de \$950.000 en cabeza de cada una de ellas.

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

PROTECCIÓN S.A., se opone a la decisión adoptada en primera instancia tendiente a trasladar las cuotas de administración, las cuales, a su criterio, se hicieron por mandato legal y las mismas no tienen vocación de financiación de la pensión, por lo que, de trasladarse las mismas, se generaría un enriquecimiento sin justa causa por parte de COLPENSIONES. Sumado a ello, señala que, en caso de proceder su traslado, sea declarada la prescripción de los valores sobre los cuales haya operado dicho fenómeno.

Por su parte, PORVENIR S.A. solicita la revocatoria total de la sentencia, ya que la voluntad del actor en estar afiliado en esta AFP se evidenció mes a mes al momento de realizar los aportes respectivos por intermedio de su empleador; adicionalmente, indica que los gastos de administración no han de ser trasladados a COLPENSIONES, ya que los mismos fueron destinados a contratos de asegurabilidad.

ALEGATOS

Concedido el término que establece el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, COLPENSIONES solicita sea revocada la sentencia de primera instancia, ya que el hecho de reconocer la ineficacia del traslado que de manera libre y voluntaria realizó la demandante, se le está imponiendo una obligación a COLPENSIONES que normativamente no está llamada a soportar, además de valorar la buena fe en la actuación desplegada en el asunto objeto de litigi. Ahora, de confirmar la sentencia de primera instancia, solicita que ésta sea adicionada en el sentido de ordenar a la PORVENIR a que devuelva o traslade todos los valores que hubiere recibido durante el tiempo de permanencia del actor en la AFP y que se haya causado con motivo de la afiliación o traslado, lo que corresponde a seguros

previsionales y descuento de la garantía de pensión mínima. De igual manera, ordenar a la AFP PROTECCIÓN que devuelva o traslade todos los valores que hubiere recibido durante el tiempo de permanencia del actor en la Administradora y que se hayan causado con motivo de la afiliación, en el evento que dichos conceptos no hubieren sido trasladados a la AFP PORVENIR; que todos los valores a trasladar sean debidamente indexados o si la suma de todos los conceptos a trasladar resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, PORVENIR S.A deberán asumir el pago de la diferencia que hubiere con cargo a sus propios recursos.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentra por fuera de discusión: **1)** Que el demandante nació el 3 de febrero de 1956 (fl. 13); **2)** Que realizó cotizaciones al RPM a través del extinto ISS entre el 15 de enero de 1979 hasta el 31 de octubre de 1996 (fls. 62 a 66); **3)** Que 11 de octubre de 1996 el demandante solicitó traslado entre regímenes ante la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. S.A. (fl.23) y **4)** que el 3 de julio de 1999 el actor efectuó solicitud de vinculación la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy PORVENIR S.A. (fl 30).

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 el accionante efectuó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y los efectuados entre regímenes, fueron eficaces.

Pues bien, dentro del sistema general de pensiones coexisten los regímenes de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual, regímenes 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 del demandante 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 de la migración, 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 no fue un acto libre, ni voluntario, no estuvo precedida de la comprensión necesaria y por tanto no es eficaz.

La Sala de Casación Laboral de la C.S.J refirió algunas situaciones que generan ineficacia a la afiliación relativas 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 pensional, por cuanto 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.

Al respecto la Sala de Casación laboral de la CSJ ha indicado que no es menester acreditar un acto de coacción en la suscripción del formulario de afiliación, en tanto la voluntad y libertad en su diligenciamiento no excusa del deber de información, clara y precisa, sobre las incidencias o consecuencias del cambio al RAIS, asunto que debe acreditar la administradora de pensiones que pretenda relevarse de las consecuencias que tal omisión acarrea (SL 4811 de 2020).

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), sin que sea posible la convalidación del acto inicial, a través de actos posteriores, lo que lleva a concluir que ni las posteriores asesorías e incluso la solicitud y reconocimiento del estatus pensional mitigan o suplen el deber de información que le corresponde a la administradora de pensiones.

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. (SL 4360 de 2019 y SL 2877 de 2020).

Ahora bien, ***descendiendo al caso analizado*** se tiene que ninguna de las AFP del RAIS que integran la pasiva, aportó documental que plasme en su contenido la asesoría que dicen haber brindado al señor demandante en momento anterior a la suscripción de formularios de afiliación, ni en el curso de las mismas. En especial PROTECCIÓN S.A., antes DAVIVIR, quien se encargó de tramitar el traslado de régimen pensional, siendo la llamada a demostrar que ese traslado de régimen no se vio afectado en su eficacia al suministrar la información suficiente, clara, completa al entonces potencial afiliado, pero se abstuvo de presentar prueba documental en ese sentido.

Por el contrario, el demandante en su interrogatorio (min 38:44 en adelante) indicó que su decisión de traslado a DAVIVIR obedeció a las afirmaciones dadas por los asesores, quienes le mencionaron que el seguro ya había caducado, que podría

salir muy bien pensionado, sin que le explicaran lo relativo al monto necesario para acceder a la pensión.

Como prueba documental reposa el formulario de afiliación de la activa al RAIS (fls. 23), 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, ésta 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.

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 del 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 del actor, y una omisión por parte de la AFP a la cual migró, pues en ningún momento presentó un panorama real de las condiciones pensionales del régimen pensional al cual ingresaba, incluso usando expresiones engañosas como la que el seguro había caducado.

Adicionalmente, es innecesario analizar las condiciones de afiliación ante HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR, pues la ineficacia del traslado de régimen, afecta todo traslado entre administradoras que se haya presentado con posterioridad.

Es así que, tal como lo mencionó la A quo, no se avizora una decisión informada y consciente, y por ende, una manifestación libre y voluntaria por parte del afiliado para trasladarse de régimen, exigencia que no pueda considerarse satisfecha con el simple diligenciamiento del formato diseñado por DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN para esos efectos y plasmarse en él con la correspondiente firma, 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 Sala de Casación Laboral, 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 LUIS ALBERTO VALENCIA RUÍZ, nunca estuvo válidamente afiliado 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 las AFP'S PROTECCIÓN SA y PORVENIR S.A., según sea el caso, en un término no superior a 30 días desde la ejecutoria de esta providencia, retornar los recursos provenientes de las afiliaciones del actor, 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 cuentan 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, además de ostentar estos conceptos la calidad de imprescriptibles, pues hacen parte de los aportes o cotizaciones a pensión.

Se precisa que los recursos provenientes del RAIS no podrá ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el demandante hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP que generó el traslado de régimen y a la cual migró con posterioridad el actor, se encuentran obligadas, en proporción al tiempo que figuró el demandante como afiliado en cada una de ellas, 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 el señor demandante, en este sentido se adicionará la sentencia.

Una vez sean trasladados los recursos por parte de PROTECCIÓN y PORVENIR del RAIS, 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 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 y PORVENIR recibieron con motivo de la afiliación de LUIS ALBERTO VALENCIA RUÍZ

En los términos expuestos quedan resueltos los aspectos objeto de apelación y revisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Costas en primera instancia como indicó la A quo. En esta instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN y PORVENIR S. por resultar vencidas en sus réplicas, En esta instancia se tasan las agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una de ellas.

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,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR a los numerales 2 y 3 de la sentencia, que en un término no mayor a 30 días, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., según sea el caso, deberán también trasladar 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 Fogafín y prima para la contratación de la póliza de renta vitalicia, advirtiendo 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, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán asumir el pago de la diferencia en proporción al tiempo que figuró como afiliado el demandante en cada una de ellas.”

En lo demás se confirma la sentencia recurrida y consultada.

Costas en primera instancia como indicó la A quo.

En esta instancia se tasan las agencias en derecho en la suma de 2 SMLMV, las cuales serán asumidas en partes iguales a cargo de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

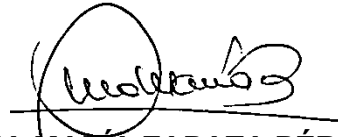
Los Magistrados,



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

CERTIFICO: Que la anterior providencia fue notificada en Estados N° 104 publicados por medios digitales el 17 de junio de 2021