



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

Medellín, agosto 18 de 2022

Radicado: 05001- 31- 05-002-2019-00596-01
Demandante: LUZ ELENA LONDOÑO ESPINOSA
Demandado: COLPENSIONES Y LA AFP PORVENIR SA
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 al contenido de la escritura pública 716 de julio 15 de 2020 suscrita ante el Notario 9 de Bogotá, por la Cual la administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones otorga poder a la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S. para ejercer la defensa judicial de la entidad, se le reconoce personería a la sociedad mencionada, como también a la doctora YESSICA FRANCEDY ZAPATA RAMÍREZ conforme a la sustitución al poder que se allegó al proceso,

quedando así la mencionada investida de todas las facultades que confirió la entidad poderdante.

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 particular si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez, al igual que la procedencia de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En ***sentencia de primera instancia***, el A quo tras manifestar que la AFP del RAIS accionada no probó 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 de retornar todos los recursos acopiados en la administradora del régimen de ahorro individual, con sus rendimientos, salvo los dineros retenidos para el cubrimiento de las cuotas de administración.

De forma conexa y tras verificar que Luz Elena Londoño Espinosa satisfizo los presupuestos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, esto es superados los 57 años de edad y 1389 semanas de cotización, declaró que se causó la pensión de vejez, la que dispuso se reconocerá por Colpensiones una vez se pruebe la desafiliación al sistema y desvinculación del servicio, en tanto la actora en su declaración de parte indicó tener la calidad de empleada para una entidad del sector público. Prestación a liquidar en conforme a las reglas del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, a razón de 13 mesadas anuales, sin que fuere inferior a 1 SMLMV.

Inconforme con la decisión fue **recurrida por Colpensiones** restringido a la absolución de la devolución de los gastos de administración que fueron retenidos por la AFP Porvenir, expresando que estos influyen en el capital común del RPM y por ende afectará los recursos que financian las prestaciones que deba reconocer Colpensiones.

ALEGATOS

Concedido el término que establecía el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 Colpensiones presentó escrito con el expresa que el traslado pensional al RAIS cumplió con la carga informativa suficiente, aunado a que la actora se halla a menos de 10 años para causar la pensión por lo que no es procedente el retorno pretendido.

A su turno, la activa solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia en tanto la misma se encuentra a tono con el precedente jurisprudencial nacional.

Por último, la AFP Porvenir presentó argumentos que más que alegatos de conclusión comportan un reparo a la sentencia o su impugnación, referencias que resultan extemporáneas toda vez que esta accionada dentro de la oportunidad específica expresó conformidad con la sentencia, sin que sea este un momento adicional para apelar la decisión; así las cosas, sus reparos no comprometen los efectos del postulado de congruencia.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentra por fuera de discusión que: **1) Luz Elena Londoño Espinosa** nació el 3 de mayo de 1962, así se acredita con la imagen de su cédula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento (páginas 37/39 expediente escaneado); **2) Que**

estuvo afiliada al extinto ISS realizando cotizaciones interrumpidas desde diciembre de 1989 a junio de 1990 (total 12.71 semanas cotizadas – páginas 83/84 expediente escaneado) a partir de tal data se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTES (ahora Porvenir SA), realizando cotizaciones a tal entidad desde el ciclo de julio de 2000 (páginas 48 expediente escaneado), **2)** Que el 23 de abril de 2015 y el 18 de junio de 2019 solicitó a Porvenir y Colpensiones (respectivamente) el retorno al Régimen de Prima media, peticiones negadas por ambas entidades aduciendo que se hallaba a menos de 10 años para causar la prestación, además porque a la entrada en vigencia del sistema general en pensiones acumulaba menos de 750 semanas cotizadas (páginas 40, 42 y 54/59 expediente escaneado).

Así las cosas, 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, en particular el reconocimiento pensional.

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 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, conteniendo 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”.

Ahora bien, **descendiendo al caso analizado**, se tiene que la AFP privada accionada no allegó los correspondientes argumentos probatorios que demuestre la suficiencia de la asesoría brindada. Fue así como, en las diferentes intervenciones se limitó a indicar que quien acciona decidió de forma libre trasladarse de régimen, que para la fecha de traslado la AFP cumplió con todos los preceptos que para la época le eran exigibles, que el formulario de afiliación con su firma constituye plena prueba de ambos presupuestos y que se brindó re-asesoría en los años 2003 y 2005.

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 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 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, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, 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 el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

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.

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 Luz Elena Londoño Espinosa al RAIS.

Por efectos de la decisión aludida 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, 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 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 la 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 la AFP Protección.

Respecto a la devolución total de los recursos captados de la actora, ha de indicarse que contrario a lo indicado por el A quo, 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 la AFP Porvenir, remitir a Colpensiones todos los recursos captados de la actora, que no solo se compone de los dineros acumulados en la cuenta de ahorro individual, pero además de los gastos de administración, recursos destinados para el seguros previsionales de las contingencias de invalidez y sobreviviente y porcentajes para la garantía de pensión mínima, en este sentido será modificada y adicionada la sentencia de primera instancia.

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 cuanto a la **solicitud de pensión**, a ella se accederá, avalando las conclusiones del fallador de instancia, en tanto la señora Londoño Espinosa satisface las condiciones de acceso a la prestación de cara al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, esto es superó los 57 años de edad el 3 de mayo de 2019 y conforme a la historia laboral adosada con la demanda, reporta al menos 1389 semanas de cotización (páginas 48/52 expediente escaneado). Sin que sea posible establecer la fecha de disfrute de la misma, en tanto la actora en el interrogatorio de parte refirió encontrarse activa en el servicio y en las cotizaciones al sistema, por tanto no se tiene certeza del cumplimiento del requisito del artículo 13 del Decreto 758 de 1990.

Así las cosas, una vez se acredite ante Colpensiones el retiro del servicio y la cesación en las cotizaciones, habrá lugar al inicio del pago de la pensión de vejez, la que se calculará siguiendo las reglas de los artículos 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, a razón de 13 mesadas anuales, sin que sea inferior a 1 SMLMV

Resta por indicar que se confirma la asignación de costas en primera instancia, las que no se causan en esta instancia en tanto los argumentos de la única recurrente fueron avalados.

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 S.A, 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, 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. Dineros que serán recibidos por Colpensiones y serán imputados a los periodos efectivamente cotizados. En este sentido se revoca parcialmente el numeral segundo de la sentencia, en lo atinente a la devolución de gastos de administración y solo en lo que compete al asunto acá analizado referido a la demandante Luz Elena Londoño Espinosa.

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

La Costas en primera instancia como dispuso el A quo. sin costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica por Edicto.

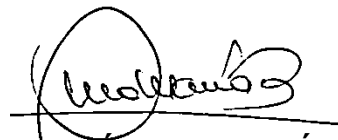
Los Magistrados,



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- 05-002-2019-00596-01
Demandante: LUZ ELENA LONDOÑO ESPINOSA
Demandado: COLPENSIONES Y LA AFP PORVENIR SA
Decisión: CONFIRMA, MODIFICA Y REVOCA
Magistrado ponente DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 22 de agosto de 2022 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