



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

Medellín, octubre 20 de 2022

Radicado: 05001- 31- 05-010-2019-00083-01
Demandante: JUAN ANDRÉS LÓPEZ VALENCIA
Demandados: COLPENSIONES Y LA AFP PORVENIR
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 al demandante a la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS y el consecuente regreso al RPM. En ese mismo sentido, a establecer las consecuencias jurídicas que de esta resultarían, en particular el reconocimiento de la pensión de vejez

En sentencia de primera instancia, el A quo tras manifestar que la AFP privada accionada no probó haber ilustrado al actor 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 Porvenir de transferir a Colpensiones los recursos acopiados en la cuenta individual, además de los rendimientos bonos pensionales si se hubieren generado, así como las comisiones o gastos de administración.

Referente al **reconocimiento de la pensión de vejez** señaló que atendiendo a las declaraciones del actor quien aceptó que para el momento de la diligencia de primera instancia permanecía activo en el sistema pensional, realizando cotizaciones, estableció que no era posible la declaración de tal derecho en tanto no se tiene un conteo definitivo de las mesadas cotizadas, lo que a su vez impide el cálculo del monto, mismo argumento que por el que se negaron los pretendidos intereses de mora. Por último, condenó en costas a la AFP Porvenir.

Inconforme con la decisión fue **recurrida por la AFP Porvenir** exponiendo que no hay lugar a la ineficacia de afiliación teniendo en cuenta que el formulario da cuenta de la manifestación de la voluntad libre y espontánea. De forma subsidiaria señaló que de declararse la ineficacia no es procedente la devolución a las comisiones, las que se generaron en razón a la afiliación durante el tiempo que surtió efectos, además que producto de ellas se generaron rendimientos a los recursos del actor.

Colpensiones expuso que por efectos de la declaratoria de ineficacia deben retornar todos los conceptos recibidos del afiliado sin exceptuar los recursos para el cubrimiento de los seguros previsionales y las cuotas destinadas a la cuenta de garantía de pensión mínima.

ALEGATOS

Concedido el término que establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 las partes presentaron escritos en los que reiteran sus pretensiones y argumentos de defensa.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentra por fuera de discusión que: **1)** Juan Andrés López Valencia nacido el 5 de mayo de 1956 (pág. 19 expediente escaneado) estando afiliado al extinto ISS desde enero de 1985 (folio 23-24 expediente escaneado) se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir suscribiendo el formulario en Noviembre de 1994, (pág 21 expediente escaneado), trasladándose en mayo de 2000 a la AFP Horizonte ahora Porvenir (pág. 22), entidad a la que continúa afiliado realizando cotizaciones acumulando al mes de noviembre de 2018 1478 semanas de cotización (pág 29/45), **2)** Que en Noviembre de 2018 solicitó a Porvenir la cancelación de la afiliación a este régimen, petición negada aduciendo que el actor prestó su consentimiento para ingresar a este régimen por tanto no puede modificarse tal condición (páginas 53/57) y **3)** que el 15 de noviembre de 2018 solicitó a Colpensiones la reactivación de la afiliación y el consecuente reconocimiento de la pensión de vejez, la que fue negada bajo el argumento de estar a menos de 10 años para causar la prestación (páginas 60/63 expediente escaneado).

Atendiendo a los aspectos objeto de apelación y estudiando el expediente en el grado de consulta por ser la decisión adversa a Colpensiones, se tiene que el eje central de la controversia en esta instancia gira en torno de establecer si el traslado entre regímenes fue eficaz, así como las consecuencias jurídicas que resultan de tal situación.

Pues bien, en cuanto a la declaratoria de ineficacia pretendida, ha de indicarse que, dentro del sistema general de pensiones coexisten los regímenes de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual, sistemas que

aunque cubren las mismas contingencias, prevén distintos requisitos y métodos para acceder a las prestaciones, siendo la inscripción a uno u otro régimen un acto libre y voluntario que corresponde a cada afiliado; libertad que no podrá ser limitada por ninguna persona, so pena de imponerse sanciones pecuniarias, además de entender que “...**la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador**”(artículo 271 Ley 100 de 1993 y artículo 13 ley 100 de 1993).

Para la Sala es relevante el análisis de la expresión de voluntad del actor 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 algunas de las exigencias que debe acreditar las AFP que provocaron el traslado de régimen de los afiliados para considerarse suficiente, así indicó en sentencia SL 2229 de 2022, en donde citó las sentencias CSJ SL19447-2017 y SL4964-2018.

*Al efecto, sobre la decisión libre y voluntaria que debe acompañar al acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de esta Sala, en sentencia SL19447-2017, ha sido consistente en señalar que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que **debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, habrá de estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea.** Tampoco se trata de diligenciar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de **haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.***

Se destaca el compromiso que debe asumir la AFP que ofrece el traslado de régimen pensional, en tanto estas entidades 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 celebró, 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 tendría 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 adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

En consecuencia, al resolver la consulta a favor de COLPENSIONES habrá de adicionarse el numeral primero del fallo del a quo, en el sentido de que PROTECCIÓN S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima,

debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Declaratoria de ineficacia de traslado entre regímenes y la consecuente devolución de dineros captados que no se halla sujeta al término prescriptivo dado el carácter irrenunciable de los derechos pensionales y todos los factores que lo componen, como es el caso de la permanencia a un régimen pensional, el que determinará la forma como se accede a la prestación, así lo indicó la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia SL 1689 de 2019:

“Entonces, desde un enfoque material y en respeto de los parámetros aludidos ya adoptados por la Sala frente a los asuntos pensionales, es lógico concluir que la ineficacia de traslado de régimen pensional, también goza del carácter de imprescriptible, en la medida que su declaratoria, le permitirá al peticionario obtener la satisfacción de un derecho que comparte esa misma condición y cuya protección real y efectiva, conlleva el cumplimiento de los objetivos que legal y constitucionalmente caracterizan a un Estado social de derecho”.

Ahora bien, **descendiendo al caso analizado**, se tiene que la AFP Porvenir 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 y voluntaria suscribir el formulario de afiliación y que al momento del traslado se cumplieron con todos los preceptos que para la época le eran exigibles.

Explicaciones que además de escasas, no permiten establecer que se brindara la información suficiente, clara y veraz para que se entendiera que se conocían las condiciones del régimen al que ingresaba. Por el contrario el dentro del interrogatorio de parte expresó que el cambio de régimen se generó por una visita de la AFP accionada a su lugar de trabajo, en una reunión grupal le comentaron

que en razón a la liquidación del ISS sus afiliado quedarían en el limbo, por tanto era pertinente trasladarse, además porque él podría elegir la edad pensional, tendría un mejor monto, pero nunca explicaron las condiciones que debía cumplir para acceder a la prestación; sin recibir asesoría adicional, solo hasta que arribó a la edad pensional y recibió la sorpresa que su mesada sería por un valor inferior al esperado.

En suma, tal como lo dedujo el juzgador de primer grado no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021).

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, 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, sin que sea del caso imputar responsabilidad alguna al actor, quien no debe suplir las omisiones de la administradora de pensiones, como tampoco asumir las consecuencias negativas del obrar negligente de aquella.

Así las cosas, concluye esta colegiatura 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 la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de Juan Andrés López Valencia.

Respecto a los efectos de la declaratoria de ineficacia, considera esta corporación que la devolución de los recursos captados del actor debe ser total toda vez que 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 el actor, aclarando que en relación a los **gastos de administración o comisiones, primas para seguros previsionales y recursos destinados a la garantía de pensión mínima serán asumidos por la AFP Porvenir de su propio patrimonio**, esto como responsabilidad por no cumplir la debida información y de cara al precedente jurisprudencial ya expuesto.

Así las cosas 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 del actor, que se componen de los montos depositados en las cuentas de ahorro individual con sus rendimientos, bonos pensionales si se hubieren generado, además de las cuotas de administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales, dineros que deberán estar indexados; descuentos que

si bien en su momento tenían un fundamento legal, en el presente evento se quedan sin sustento en tanto el acto jurídico de traslado al RAIS no fue eficaz.

En adición debe entenderse que la devolución de estos dineros obedece al principio de sostenibilidad financiera a fin de evitar un detrimento patrimonial al fondo público, siendo Colpensiones quien reconocerá las eventuales prestaciones a que tenga derecho el accionante, por tanto operará bajo la devolución de la totalidad de recursos captados del actor, 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 Porvenir.

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, en tanto el señor López Valencia 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 62 años de edad el 5 de mayo de 2018 y conforme a la historia laboral adosada con la demanda, reportaba al mes de noviembre de 2018 al menos 1478 semanas de cotización (páginas 259/45 expediente escaneado). Sin que sea posible establecer la fecha de disfrute de la misma, en tanto el actor en el interrogatorio de parte refirió encontrarse activo 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.

Resta por indicar que se confirma la asignación de costas en primera instancia, y en esta se grava a la recurrente AFP Porvenir en tanto sus argumentos de réplica no 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 en un término no superior a 30 días** desde la ejecutoria de esta providencia, retornar los recursos captados de la actora que se componen del capital y sus rendimientos, bonos pensionales si estos se hubieren generado, también retornará con la debida indexación las cuotas de administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales para el aseguramiento de las contingencias de invalidez y sobreviviente. Dineros que serán recibidos por Colpensiones y serán imputados a los periodos efectivamente cotizados.

De igual forma se adicional la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que Juan Andrés López Valencia satisface los requisitos de causación de la pensión de vejez, toda vez que arribó a los 62 años de edad el 5 de mayo de 2018 y para el mes de noviembre de 2018 acumulaba al menos 1478 semanas de cotización, empero no demostró la desafiliación al sistema, requisito de disfrute de la prestación. 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.

En lo demás se confirma la sentencia apelada.

Costas en primera instancia como indicó la A quo. En está a cargo de la AFP PORVENIR al resultar vencida en los argumentos de apelación, se tasan las agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV y en favor del actor.

Lo resuelto se notifica por Edicto.

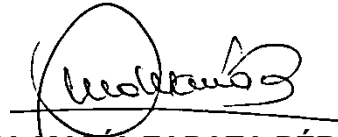
Los Magistrados,



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la siguiente providencia:

Radicado: 05001- 31- 05-010-2019-00083-01
Demandante: JUAN ANDRÉS LÓPEZ VALENCIA
Demandados: COLPENSIONES Y LA AFP PORVENIR
Decisión: CONFIRMA Y MODIFICA
Magistrado ponente DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado hoy 24 de octubre 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