



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL
AUDIENCIA

Medellín, junio 16 del 2021

Radicado: 05001- 31- 05-018-2018-00169-00
Demandante: DIANA MARÍA DE FÁTIMA VALLEJO MARTINEZ
Demandado: PORVENIR S.A y COLPENSIONES
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

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 resultan de la declaratoria de ineficacia.

En sentencia de primera instancia, la A quo, tras manifestar que las administradoras cuentan con una responsabilidad de tipo profesional que las obliga a proporcionar de forma eficiente, eficaz y oportuna una información completa y comprensible desde la fase precontractual, expuso que en ningún caso, la manifestación de voluntad contenida en el formulario de afiliación es suficiente para determinar que hubo una decisión libre y voluntaria de la demandante y previamente informada. En consecuencia, declaró ineficaz el traslado entre regímenes y ordenó a Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, incluyendo las cuotas de administración.

Así mismo, ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante, recibir las sumas indicadas y continuar como administradora de pensiones de la señora Diana María Fátima Vallejo Martínez.

Inconforme con la decisión fue apelada de manera total por la AFP Porvenir, quien insiste en que no se debe declarar la ineficacia del traslado entre regímenes, toda vez que dicho fondo, al momento de recibir a la accionante como su afiliada cumplió con la normatividad existente para la época, esto es brindado información oportuna y veraz, aunado a que la demandante aceptó haber recibido una asesoría, sin que la condición de extinción del ISS fuera generado por esta AFP, además de tratarse de un hecho de público conocimiento.

Precisó que la permanencia en el RAIS no genera la afectación a un derecho fundamental, en tanto la prestación se le concederá bajo las reglas propias de este sistema.

Expresó no estar de acuerdo con el traslado de los rendimientos, y la suma de los seguros previsionales, en tanto aquellos son producto de la adecuada gestión del sistema y respecto a los últimos, ya fueron invertidos en la contratación de pólizas de reaseguramiento para los riesgos de invalidez y muerte.

ALEGATOS

Concedido el término que establece el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 la AFP Porvenir reiterando su sentir respecto a la improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado entre regímenes, en tanto la actora efectuó tal mutación como un acto voluntario, sin presiones, a quien se le brindó asesoría conforme a las exigencias legales de la época, además que dada su capacitación profesional se hallaba en la capacidad de comprender las implicaciones del cambio que se le ofrecía, aunado a que en momentos posteriores se han realizado campañas de educación financiera, se expiden comunicados financieros, además que se reporta el estado de la cuenta pensional de la actora. Por último, insiste en la improcedencia de retorno de los gastos de administración, dado que estos se producen por mandato legal.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentra por fuera de discusión que: **1)** Que la señora Diana María de Fátima Vallejo Martínez nació el 7 de noviembre de 1954 (fl. 62). **2)** Que realizó cotizaciones al RPM a través del extinto ISS desde el 10 de febrero de 1982 al 28 de febrero de 1998 (fls. 24 a 29). **3)** Que el 23 de febrero de 1998 suscribió el formulario de traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir (fl. 11). **4)** Que el 16 de febrero del 2018, presentó ante Colpensiones formulario de afiliación al sistema general de pensiones, (fl.9), mismo que fue rechazado bajo

el entendido de que la señora Diana María de Fátima Vallejo Martínez “se encuentra a diez años o menos del requisito del tiempo para pensionarse” (fl. 10).

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

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 de la actora 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.

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

es 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 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, 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.

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 al indicar

“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 la señora Diana María de Fátima Vallejo Martínez decidió de forma libre y voluntaria suscribir el formulario de afiliación, además de exponer que para la fecha de traslado, la AFP cumplió con todos los preceptos que para la época le eran exigibles.

Explicaciones que además de escasas, no permiten establecer que la actora conocía las condiciones del régimen al que ingresaba. Contrario a lo afirmado por la recurrente en la sustentación del recurso, la información brindada no fue completa ni acorde con aquella exigida por los normas vigentes al momento del traslado entre regímenes (artículo 97 del Decreto 663 de 1993¹), en tanto a la actora no se le explicó bajo cuáles circunstancias podría acceder a una prestación más elevada y a menor tiempo, no se da cuenta de una enunciación de los factores que influyen en la acusación y cuantía de la prestación y menos ponen de presente temas tan sensibles como la renuncia al régimen de transición pensional, la forma de composición del capital a reunir en el RAIS, la fecha y forma de redención del bono pensional, entre otros aspectos.

Por el contrario, la demandante en su interrogatorio indicó que, si bien recibió información por parte de los asesores de Porvenir S.A, esta no fue suficiente, clara y comprensible. No se le presentó una proyección de la mesada pensional, no se

¹ ARTICULO 97. INFORMACION.

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

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

le indicó las ventajas y desventajas de cada régimen y mucho menos se le informó sobre el bono pensional. Situación entonces, que pone aún más de presente la ostensible falta de información en la que incurrió la demandada, que por demás, no cumplió ni siquiera con el deber mínimo de información exigible para la época en que se afilió la demandante.

Se destaca que el deber de información se satisface cuando se brindan datos suficientes, veraces y previo a la decisión del cambio pensional, sin que tal deber se traslade a la actora dado su nivel educativo o posibilidades de acceder a la información, pues no es del resorte de los afiliados prever que se les está ocultando información y por tanto deban complementar aquel panorama favorable que se les pronosticó al momento de ofrecer el traslado pensional.

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 a la debida información, no suple el deber material de efectivamente brindarla de forma tal que se brinde 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, las llamadas re asesorías, ni la recepción de extractos o balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos posteriores que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público.

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, la renuncia al

régimen de transición pensional y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se genera el traslado. Irregularidades que llevan a esta corporación a declarar la 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.

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 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, 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.

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, 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 hubieren permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP porvenir SA 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 Diana María de Fátima Vallejo Martínez.

Reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de la AFP Porvenir y la inversión en pólizas previsionales, 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, sumas que repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM comporta 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.

Una vez sean trasladados los recursos por parte de la AFP del RAIS accionada, corresponde a Colpensiones recibir los dineros trasladados 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 Porvenir recibió con motivo de la afiliación de la demandante, más sus rendimientos, como ya se indicó.

Costas en primera y en segunda instancia a cargo de la AFP Porvenir, dados que sus argumentos de réplica no fueron acogidos. En esta instancia se tasan las agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

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 el numeral segundo de la sentencia, indicando que corresponde a la **AFP Porvenir, en un término no superior a 30 días** desde la ejecutoria de esta providencia, retornar los recursos captados de la actora que fueron destinados a cubrir las cuotas de administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales y primas de reaseguros de Fogafín. Dineros que serán

recibidos por Colpensiones y serán imputados a los periodos efectivamente cotizados.

Se precisa que los recursos provenientes del RAIS no podrán ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso que la demandante hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP Provenir SA se encuentra obligada a asumir el pago de la diferencia, esto para garantizar la sostenibilidad financiera del régimen de prima media.

En lo demás se CONFIRMA la sentencia recurrida y revisada.

Costas en primera y en segunda instancia a cargo de las AFP Porvenir. En esta instancia se tasan las agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

Lo resuelto se notifica en estados

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