



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

Medellín, agosto 11 de 2022

Radicado: 05001- 31- 05-018-2019-00206-01
Demandante: ELIO FABIO CASTAÑO OSPINA
Demandado: COLPENSIONES Y LA AFP PROVENIR 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.

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 resultarían de tal declaratoria.

En sentencia de primera instancia, el A quo, tras manifestar que las AFP Porvenir 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 retornar los recursos acopiados en la administradora del régimen de ahorro individual.

De forma conexa y tras verificar que el señor Castaño Ospina satisface las premisas del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, esto es superados los 62 años de edad y acopiadas 1660 semanas cotizadas, ordenó a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez, la que fijó con disfrute desde el 25 de mayo de 2018 dada la cesación de cotizaciones y retiro del sistema pensional, en mesada inicial en cuantía de \$2'973.610 a razón de 13 mesadas anuales, con la respectiva indexación al pagar el retroactivo acumulado.

Inconforme con la decisión fue **recurrida por la AFP Porvenir** indicando que no existe un vicio en el consentimiento que lleve a declarar la ineficacia del traslado entre regímenes, exponiendo que el formulario de afiliación resulta suficiente para demostrar el cumplimiento del deber de información de la AFP y la correlativa expresión de voluntad del afiliado, destacando que el actor manifestó no recordar la información brindada al momento del traslado y que la única razón para solicitar el retorno al RPM es la inconformidad en el monto pensional. Sostuvo que no como consecuencia de la ineficacia de traslado no es posible disponer el traslado de los gastos de administración los que no están destinados a financiar la pensión de vejez.

A su turno **Colpensiones** expresó que debe adicionarse la sentencia para que se disponga el retorno total de los recursos captados, específicamente a las primas para el cubrimiento de seguros previsionales, también los aportes para el fondo

garantía de pensión mínima y que las cuotas de administración se retornen con la debida indexación.

ALEGATOS

Concedido el término que establecía el artículo 13 la Ley 2213 de 2022 Colpensiones presentó escrito con el expresa que el traslado pensional al RAIS cumplió con la carga informativa suficiente, por lo que no es posible ordenar el retorno al RPM, como tampoco gravar a esta entidad con el reconocimiento pensional.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentra por fuera de discusión que: **1)** Elio Fabio Castaño Ospina nació el 24 de mayo de 1956, así se acredita con la imagen de su cédula de ciudadanía (fl. 26), quien estando afiliado al ISS, se trasladó al RAIS administrado por la AFP Horizontes hoy Porvenir, con la suscripción de formulario de afiliación de febrero de 1999 y efectiva a partir del mes de abril de 1999 (fl. 53 y 153) , **2)** Que en marzo de 2019 solicitó a Colpensiones el retorno al Régimen de Prima media, petición negada aduciendo estar a menos de 10 años para causar la prestación (fl. 30)

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 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 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, 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 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 y que el formulario de afiliación con su firma constituye plena prueba de ambos presupuestos.

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 la juzgadora 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 sule 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 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.

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 del señor Elio Fabio Castaño Ospina al RAIS.

Por efectos de la decisión aludida corresponde a la AFP Porvenir s 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, 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 Colfondos.

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 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 cuanto a la **solicitud de pensión**, se accederá pues como ya se dejó visto el demandante cumple con la edad y las semanas requeridas bajo la égida la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, esto es acreditó los 62 años de edad el 24 de mayo de 2018 y para esta data acumulaba 1662 semanas de cotización, y toda vez que para el día posterior (25/05/2018) presentó la novedad de retiro al sistema y cesó las cotizaciones al mismo, confluyen las condiciones de causación y disfrute de la prestación, este último en los términos del artículo 13 del Decreto 758 de 1990.

Monto de la prestación que fue fijado por la falladora de instancia y que no fue recurrido por las partes, sin embargo, revisada la cuantificación del IBL coincide esta corporación con el monto hallado por la A quo, por tanto se mantendrá, esto es un IBL equivalente a \$4'032.560, que corresponde al promedio de los últimos 10 años.

Monto al que se le aplica una tasa de reemplazo del 73.42% para una mesada inicial de \$2'960.706, atendiendo a la fórmula establecida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, así:

R= 65.50 – 0.50 x S, siendo **S** el, resultado que resulta de dividir el IBL por el salario mínimo del año en que se reconoce el retroactivo, en este caso del 2018, que lo fue de \$781.242.

$$\frac{\$4'032.560}{\$781.242} : 5.16 \times 0.5 = 2.58$$

De donde: 65.5 – 2.58: 62.9. % por las primeras 1300 semanas.

Al que se le adiciona 10.5% producto de las semanas adicionales a las mínimas requeridas (7 grupos de 50 semanas), para una tasa de reemplazo de 73.42%.

Calculado el retroactivo pensional entre el 25 de mayo de 2018 y el 31 de julio de 2022 se genera un acumulado de \$170'920.551, del que se autoriza a Colpensiones a descontar los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud, monto que se pagará con la debida indexación a efectos de compensar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

Año	Variación IPC	N° mesadas	Valor mesada	Sub total
2018	3,18%	8,2	\$ 2.960.706	\$ 24.277.789
2019	3,80%	13	\$ 3.054.856	\$ 39.713.134
2020	1,61%	13	\$ 3.170.941	\$ 41.222.233
2021	5,62%	13	\$ 3.221.993	\$ 41.885.911
2022		7	\$ 3.403.069	\$ 23.821.484
TOTAL				\$ 170.920.551

A partir del 1° de agosto de 2022 Colpensiones seguirá reconociendo una mesada en cuantía de \$3'403.069 a razón de 13 raciones por año, la que se aumentará conforme disponga el Gobierno Nacional.

Se destaca que ninguna de las sumas declaradas se afectó por la prescripción extintiva, en tanto entre el momento de causación del derecho 25 de mayo de 2018 y la fecha de reclamación a Colpensiones (12 de marzo de 2019 – fl. 30) no transcurrió un lapso superior a 3 años, el que tampoco corrió entre tal data y la presentación de la acción judicial, por tanto impróspera es tal excepción.

Resta por indicar que la Costas en ambas instancias son cargo de la AFP Porvenir S.A. Tasando las agencias en derecho en esta instancia en la suma de 2 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 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 del actor 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.

Se modifica el numeral cuarto de la sentencia a efectos de actualizar el monto del retroactivo pensional, el que calculado entre el 25 de mayo de 2018 y el 31 de julio de 2022 asciende a **\$170'920.551, monto del cual se autoriza a descontar los aportes con destino al sistema de salud. Retroactivo que será pagado con la debida indexación.**

A partir del 01 de agosto de 2022 Colpensiones reconocerá una mesada por valor de \$3'403.069 a razón de 13 raciones por año, la que se aumentará conforme disponga el Gobierno Nacional.

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

La Costas en ambas instancias a cargo de la AFP Porvenir S.A. Tasando las agencias en derecho en esta instancia en la suma de 2 SMLMV.

Lo resuelto se notifica por Edicto.

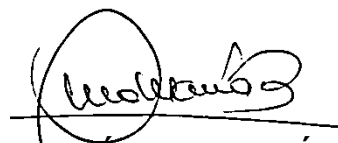
Los Magistrados,



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- 05-018-2019-00206-01

Demandante: ELIO FABIO CASTAÑO OSPINA

Demandado: COLPENSIONES Y LA AFP PROVENIR SA

Decisión: CONFIRMA Y ADICIONA

Magistrado ponente DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado hoy 17 de AGOSTO 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

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS

SECRETARIO