



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-003-2019-00638-01
Demandante: Cristian Armando Juliao de Layzt
Demandado: AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y
Colpensiones E.I.C.E.
Asunto: Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia: Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, abril (27) de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE como magistrada ponente, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a decidir los recursos de apelación interpuestos por todas las partes, e impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., en los aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, respecto de la sentencia proferida el 03 de noviembre de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Cristian Armando Juliao de Layzt contra la AFP Porvenir S.A., la AFP Protección S.A. y

Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-003-2019-00638-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Cristian Armando Juliao de Layzt convocó a juicio a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la nulidad y/o ineficacia, o se deje sin efecto la afiliación al Régimen de Ahorro Individual; se declare la validez de su afiliación al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad; se condene a las AFP Porvenir S.A. y/o Protección S.A. devolver a Colpensiones E.I.C.E. la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos intereses y rendimientos financieros; y se condene en costas a cada una de las codemandadas.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que el señor Cristian Armando Juliao de Layzt se afilió al Sistema General de Pensiones el 11 de octubre de 1994, a través de la AFP Protección S.A., y se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 28 de marzo de 2001, que al momento de efectuar dichas afiliaciones no fue debidamente asesorado sobre las implicaciones del Régimen de Ahorro Individual ni de los beneficios que perdería por no seleccionar el Régimen de Prima Media, que los asesores de ambos fondos privados se abstuvieron de evaluar su situación particular respecto de ambos regímenes, y de explicarle los requisitos que debía acreditar para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez.

Informó que el 10 de mayo de 2020 arribó a los 62 años de edad, que la AFP Porvenir S.A. le proyectó una mesada pensional de \$2.516.100, mientras que en Colpensiones E.I.C.E. obtendría una mesada de \$4.515.500; y que el 22 de julio de 2019 radicó formulario de afiliación al Régimen de Prima Media, pero no ha recibido ninguna contestación (págs.03-23, doc.00, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado judicial, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** aceptó que el 11 de octubre de 1994 el señor Cristian Armando Julia de Layzt se afilió por primera vez al Sistema General de Pensiones, a través de la entidad que representa, y que el 10 de mayo de 2020, arribó a los 62 años de edad; sin embargo, aseveró que al demandante se le suministró información amplia, adecuada, suficiente, clara, comprensible y precisa respecto de las características propias de cada régimen pensional, para que de manera libre e informada seleccionara el que más le beneficiaría según sus condiciones personales.

En su defensa excepcionó la inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional; convalidación de la afiliación al régimen de ahorro individual por la movilidad entre diferentes administradoras; y traslado de aportes a Porvenir (págs.161-181, doc.01, carp.01).

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.** dijo que no le constaba ninguno de los hechos de la demanda, y se opuso a las pretensiones incoadas en el libelo genitor arguyendo que el señor Cristian Armando Julia de Layzt se trasladó a la entidad el 28 de marzo de 2001, proveniente de la AFP Protección S.A., después de brindarle información cierta, oportuna, clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, produciéndose el traslado como consecuencia de una decisión libre, espontánea e informada, y que el demandante no optó oportunamente por trasladarse al Régimen de Prima Media, pues dejó fenecer el término para retracto, el periodo de gracia contemplado en la Ley 797 de 2003, y el plazo máximo establecido en la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; y compensación (doc.22, carp.01).

Finalmente, **COLPENSIONES E.I.C.E.** admitió que el 22 de julio de 2019 el señor Cristian Armando Julia de Layzt radicó formulario de afiliación al Régimen de Prima Media, y advirtió que la misma fue rechazada porque se encontraba a diez (10) años o menos de la edad mínima para pensionarse.

Aseveró que el demandante nunca ha estado afiliado al Régimen de Prima Media, y en oposición a las pretensiones excepcionó inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales; inexistencia de la obligación por ausencia de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de vejez; imposibilidad de aplicar el presente judicial de inversión de la carga de la prueba; responsabilidad de las administradoras del sistema general de pensiones; prescripción; buena fe; e imposibilidad de condena en costas (doc.22, carp.01).

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 03 de noviembre de 2022, declaró que las AFP Protección S.A y Porvenir S.A., no demostraron el cumplimiento la obligación de diligencia debida y buen consejo que debieron desplegar en favor del señor Cristian Armando Julia de Layzt cuando se afilió a Protección en el año 1994 y cuando se trasladó a Porvenir en el año 2001; declaró que las AFP Protección S.A y Porvenir S.A., causaron grave daño, perjuicio o menoscabo a la seguridad social del demandante; declaró la responsabilidad constitucional y profesional de las AFP Protección S.A y Porvenir S.A., en el daño, perjuicio o menoscabo a la seguridad social del accionante; declaró la inaplicación constitucional de la pérdida del Régimen de Prima Media en cabeza del demandante, declarando en su lugar que el mismo sigue inmerso en dicho régimen a cargo de las AFP Protección S.A y Porvenir S.A.; declaró prospera la excepción de intrasmisibilidad de la

responsabilidad de los fondos privados a Colpensiones E.I.C.E.; absolvió a Colpensiones E.I.C.E. de todas las pretensiones, sin perjuicio de las órdenes que se impartirán a continuación; ordenó a la AFP Porvenir S.A. reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez en favor del demandante, bajo los parámetros del Régimen de Prima Media, dentro del mes siguiente a la fecha en que aquel lo solicite por escrito, y siempre que acredite 1.300 semanas cotizadas y el retiro laboral; ordenó a la AFP Porvenir S.A., que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la prestación antes descrita, solicite por escrito a Colpensiones E.I.C.E. la elaboración de un cálculo actuarial pensional, con miras a subrogación pensional; ordenó ordenando a Colpensiones E.I.C.E., que dentro de los dos (2) meses siguientes a la solicitud de la AFP Porvenir S.A., elabore el cálculo actuarial petitionado, y dentro de ese mismo lapso, informe por escrito a la AFP Porvenir S.A. el valor del mismo; ordenó a la AFP Porvenir S.A. pagar a Colpensiones E.I.C.E. el valor del cálculo actuarial liquidado, dentro del mes siguiente a la fecha del recibo; ordenó a la AFP Porvenir S.A., que hasta tanto no pague el valor del cálculo actuarial en favor de Colpensiones E.I.C.E., continúe pagando la pensión de vejez reconocida al demandante bajo los parámetros del Régimen de Prima Media, obligación en la que se subrogará Colpensiones E.I.C.E. desde el momento en el que reciba el pago del cálculo actuarial pensional por parte de la AFP Porvenir S.A.; autorizó a la AFP Porvenir S.A. a recobrarle a la AFP Protección S.A. el 25% del valor del cálculo actuarial pensional, dentro del mes siguiente a la fecha en que efectúe el pago a Colpensiones E.I.C.E.; autorizó a la AFP Porvenir S.A. a enjugar parte del valor del cálculo actuarial pensional, tomando para sí los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma que estuviere en su cuenta y finalmente; declaró no probadas las excepciones propuestas por las AFP Protección S.A y Porvenir S.A.; condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.; y autorizó a la AFP Porvenir S.A. a recobrarle a la AFP Protección S.A. el 25% de las agencias en derecho (minuto 01:23:45, doc.58 – Link Audiencia, carp.01).

1.4.- RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.** interpuso el recurso de alzada en procura de que se revoque la sentencia de primera instancia, arguyendo que como el demandante nunca ha estado afiliado al Régimen de Prima Media, resulta improcedente que se declare la continuidad de su afiliación al mismo, escapando el *sub jure* de la órbita propia de la jurisprudencia que rige la ineficacia del traslado de régimen pensional, siendo que su afiliación inicial al Sistema de Seguridad Social se produjo a través del Régimen de Ahorro Individual; que el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los parámetros del Régimen de Prima Media a cargo de una administradora del Régimen de Ahorro Individual y el pago de un cálculo actuarial con miras a subrogación pensional, resulta contrario a derecho porque no se probaron los supuestos de hecho para imputarle responsabilidad indemnizatoria a su representada, y en todo caso, la misma estaría prescrita; porque el único administrador del Régimen de Prima Media es Colpensiones E.I.C.E.; porque el pago del referido cálculo solo fue previsto para la normalización de la obligación pensional a cargo del empleador que omitió la afiliación del trabajador; y porque la decisión adoptada extralimita la fijación del litigio vulnerando los derechos fundamentales de las partes (minuto 01:31:00, doc.58 – Link Audiencia, carp.01).

Por su parte, la apoderada judicial de la **AFP PROTECCIÓN S.A.** opugnó la decisión de primer grado con el fin de que se revoque en su integridad, y se absuelva a su presentada, aliviando que el actor seleccionó la entidad para afiliarse por primera vez al Sistema General de Pensiones, sin que se hubieren menoscabado sus derechos en la medida en que la afiliación fue libre y voluntaria, sin que se le hubiere generado ninguna expectativa sobre el monto de la mesada pensional, y permaneció afiliado a dicho régimen sin manifestar ninguna inconformidad, ni el interés de trasladarse al Régimen de Prima Media, y que la única obligación que le asiste a los fondos de pensiones es garantizar el reconocimiento de la prestación pensional, y no el monto de la mesada (minuto 01:40:50, doc.58 – Link Audiencia, carp.01).

Adicionalmente, la vocera judicial de **COLPENSIONES E.I.C.E.** apeló el fallo de primera instancia indicando que, aunque se declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual, es improcedente que se declare al mismo inmerso en el Régimen de Prima Media porque voluntariamente eligió estar afiliado en aquel régimen, y nunca ha estado afiliado a éste; porque admitir este tipo de circunstancias desvirtuaría la existencia de dos regímenes excluyentes, y afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones; porque el pago de un cálculo pensional con miras a la subrogación pensional solo procede respecto de los empleadores morosos; y porque el demandante faltó a su propio deber de información. Subsidiariamente solicitó que en caso de que se ordene el traslado de régimen pensional del demandante, también se ordene la devolución del saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales, y cualquier suma descontada de las cotizaciones (minuto 01:48:30, doc.58 – Link Audiencia, carp.01).

Finalmente, la poderhabiente judicial de **CRISTIAN ARMANDO JULIAO DE LAYZT** impetró el recurso de alzada en procura de que se disponga el traslado efectivo de su prohijado a Colpensiones E.I.C.E., como única administradora del Régimen de Prima Media, en la medida en que, al ser excluyentes, las administradoras de uno y otro régimen no pueden entremezclar las disposiciones que los gobiernan (minuto 01:57:25, doc.58 – Link Audiencia, carp.01).

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos la apoderada judicial de **COLPENSIONES E.I.C.E.**, solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, arguyendo que la afiliación del litigioso por activa al Régimen de Ahorro Individual es completamente valida, y por ello, el reconocimiento de las prestaciones que eventualmente llegaren a causarse en favor del demandante debían estar a cargo del fondo privado; subsidiariamente solicitó que en caso de

disponer el retorno del actor al Régimen de Prima Media, se ordene la devolución de las cotizaciones, aportes para la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, primas del seguro previsional, rendimientos, y un cálculo actuarial que garantice el financiamiento de la pensión de vejez (doc.03, carp.02).

Por su parte, la vocera judicial de la **AFP PORVENIR S.A.** reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de alzada, agregando que, de retrotraerse las cosas al estado inicial, el pretensor quedaría por fuera del Sistema General de Pensiones, pues no estaría afiliado a ningún régimen pensional (doc.04, carp.02).

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, y los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, respectivamente.

De igual forma, procede la consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., en los aspectos que no fueron objeto de alzada, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone *“También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante”*.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN LA PRIMERA INSTANCIA

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que el señor Cristian Armando Julia de Layzt nació el 10 de mayo de 1958, tal y como se desprende del documento de identidad (pág.27, doc.00, carp.01); se afilió a la AFP Protección S.A. el 11 de octubre de 1994 tal y como puede verse en el formulario de afiliación (págs.34, 193, doc.00, carp.01), y se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 28 de marzo de 2001, según consta en el formulario de afiliación adosado (pág.32, 270, doc.23, carp.01).

- Que mientras estuvo afiliado a la AFP Protección S.A., entre los años 1994 y 2001, el litigioso por activa acumuló un saldo de \$6.9780.710, de los cuales \$2.063.860 fueron aportes y \$4.940.997 fueron rendimientos (págs.196-199, doc.00, carp.01), valores que fueron trasladados a la AFP Provenir S.A. el 29 de octubre de 2001 (pág.195, doc.00, carp.01).

- Que el 27 de mayo de 2019 la AFP Porvenir S.A. proyectó a los 68 años el actor se pensionaría con una mesada de \$2.516.100, y que en el Régimen de Prima Media habría causado una mesada de \$4.615.500 (págs.93-96, doc.00, carp.01), y el 08 de abril de 2022 proyectó que a los 63 años el actor se pensionaría con una mesada de \$2.234.000, y no podría acceder a una pensión de vejez en el Régimen de Prima Media, por no acreditar la densidad de semanas mínimas exigidas (doc.30, carp.01),

- Que para el 27 de mayo de 2019 contaba con 934 semanas cotizadas, y un saldo acumulado de \$370.620.285 (págs.69-75, doc.00, carp.01); y el 22 de julio de 2019 le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. declarar la nulidad y/o ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual (pág.24, doc.00, carp.01).

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si la sentencia objeto de apelación y consulta se encuentra ajustada a derecho, efecto para el que habrá que determinar si la afiliación efectuada por el

demandante al Régimen de Ahorro Individual el 11 de octubre de 1994, a través de la AFP Protección S.A., y su posterior afiliación a la Porvenir S.A., adolecen de ineficacia?

En caso afirmativo, se establecerá ¿Si debe ordenarse a la AFP Porvenir S.A. reconocer la pensión de vejez que llegare a causarse en favor del demandante bajo los parámetros establecidos para los afiliados al Régimen de Prima Media, y permitirle subrogarse de dicha obligación en cabeza de Colpensiones E.I.C.E. mediante el pago de un cálculo actuarial en el que concurra proporcionalmente la AFP Protección S.A.?

¿Si lo procedente es declarar la ineficacia de la afiliación, y de contera, condenar a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., a trasladar las cotizaciones, rendimientos, comisiones de administración, aportes al Fondo de Garantía Mínima, primas del seguro previsional, y un cálculo actuarial que garantice el financiamiento de la pensión de vejez que se llegare a causar en favor del demandante?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto jurídico de traslado por el incumplimiento del deber de información de los fondos privados demandados, y la ineficacia supone que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual no produce efectos jurídicos, lo que le permite al afiliado vincularse al Régimen de Prima Media, con el consecuencial traslado de los aportes y rendimientos financieros, y de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, debidamente indexados, sin que la responsabilidad patrimonial de las AFP Porvenir S.A., y Protección S.A., su eventual subrogación ante Colpensiones E.I.C.E., ni la ‘equivalencia del ahorro’ peticionada por la entidad pública codemandada, resulten consistentes con el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala.

Consecuentemente, la sentencia de primera instancia será CONFIRMADA única y exclusivamente en cuanto declaró que las AFP Protección S.A y Porvenir S.A., no demostraron el cumplimiento la obligación de diligencia debida y buen consejo que debieron desplegar en favor del actor, en todo lo demás será REVOCADA.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el régimen público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado (art. 12).

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la

garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la libertad de selección de régimen como característica del Sistema General de Pensiones de la siguiente manera “... *la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 de la presente ley*”.

A su vez, el artículo 271 ibídem establece que: “*El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.* (subraya de la Sala)

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, Decreto 663 de 1993, el artículo 4° del Decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el Decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular 016 de abril 16 de 2016 de la

Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular del afiliado, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia de la afiliación inicial o el traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del 03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020; SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021 y más recientemente en las sentencias SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022 y SL1637 del 11 de mayo de 2022, SL113 del 31 de enero de 2023, SL178 del 07 de febrero de 2023, SL397 del 01 de marzo de 2023, entre muchas otras.

De acuerdo con la *ratio decidendi* de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad, debe aplicarse las dos sub reglas principales establecidas por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto, se tiene por establecida la afiliación del señor Cristian Armando Julia de Layzt, al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., en la fecha 11 de octubre de 1994, con efectividad a partir de la misma fecha, según se extrae del Certificado SIAFP incorporado (pág.194, doc.00, carp.01), no obstante el formulario de afiliación adosado (págs.34, 193, doc.00, carp.01), no da cuenta de la información brindada al accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se supe con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); por ello, de tal documento no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado al demandante no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó que se afilió por primera vez al Sistema General de Pensiones a través de la AFP Protección S.A. en el año 1994, que optó por afiliarse a dicho régimen porque así se lo recomendó un amigo que trabajaba para dicho fondo, quien le dijo que en éste se pensionaría más joven y con más dinero que en el Seguro Social, y que fue afiliado a la AFP Porvenir S.A. en el año 2001, por la empresa de por medio de la agencia de empleo por medio de la cual se estaba vinculando a un nuevo empleador, sin consultarle previamente (min 00:07:35, doc.45 – link audiencia, carp.01).

De lo anterior, es claro que, si bien el gestor del proceso se afilió de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información completa, sin conocer las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, del Régimen de Prima Media. Aunado a ello, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que la AFP Protección S.A. cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama el pretensora, obligación que tampoco se acreditó fuera cumplida por la AFP Porvenir S.A.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios demostrativos que den cuenta de la información que la AFP Protección S.A. le brindo al actor al momento de efectuarse la afiliación al Sistema General de Pensiones, no es posible una decisión distinta a la declaratoria del acto jurídico, declaratoria que irradia o se hace extensiva a su pretérita afiliación a la AFP Porvenir S.A.

Resalta la Sala que declaratoria de ineficacia a la que se viene haciendo referencia no se deriva de la inaplicación constitucional de la regla que imposibilita el traslado de régimen o de las reglas propias del Régimen de Ahorro Individual, por ser este un régimen legal, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por la Corte Constitucional entre otras, en sentencias C-086 de 2000, C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, sino por la ausencia de asesoría técnica en el momento de la afiliación, recordando que en este tipo de litigios opera una inversión de la carga de la prueba, que traslada a la administradora de pensiones la responsabilidad de acreditar que entró al afiliado la información necesaria, para adoptar una decisión consciente y acreditar que actuó con la debida diligencia conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil.

Ahora bien, es cierto que la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Protección S.A. conlleva a que la situación jurídica del señor Cristian Armando Julio de Layzt retorne a su estado anterior, con la circunstancia de que el misma, antes del 11 de octubre de 1994

no se encontraba afiliado a ningún régimen pensional, pero dado que, conforme a lo señalado en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, la afiliación al Sistema General de Pensiones es obligatoria cuando existe una relación laboral, esta colegiatura entiende, que la voluntad del demandante está encaminada a seleccionar el Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones E.I.C.E., máxime si se tiene en cuenta que desde el 22 de julio de 2017 el actor actora solicitó estar afiliado a dicha entidad (pág.24, doc.00, carp.01), escogencia que ratificó en el apartado de las pretensiones enarboladas (pág.03, doc.00, carp.01); de allí que, sea Colpensiones E.I.C.E., la entidad encargada de recibirlo y activar su afiliación al régimen que administra.

Y aunque es cierto en la Sentencia SL4211-2021, con radicado 85164, la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “... *al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema*”, sin embargo, esta Corporación se aparta de dicho discernimiento, en tanto que, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, expresamente refiere que cuando la afiliación queda sin efecto, la misma “... *podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*”. En paralelo, conviene memorar que los casos en que las Salas de Descongestión estimen necesario cambiar un precedente o crear una línea de pensamiento (jurisprudencia) deben infaltablemente remitir el proyecto a la Sala permanente para que sea esta la que estudie su viabilidad y pertinencia (ver el artículo 2° de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un párrafo al artículo 16 de la Ley 270 de 1996, la Sentencia C-154 de 2016, y la Sentencia CSJ SL593-2021).

- **De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Ahora bien, es cierto que la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Protección S.A. conlleva a que la situación jurídica del señor Cristian Armando Julio de Layzt retorne a su estado anterior, con la circunstancia de que el misma, antes del 11 de octubre de 1994 no se encontraba afiliado a ningún régimen pensional, pero dado que, conforme

a lo señalado en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, la afiliación al Sistema General de Pensiones es obligatoria cuando existe una relación laboral, esta colegiatura entiende, que la voluntad del demandante está encaminada a seleccionar el Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones E.I.C.E., máxime si se tiene en cuenta que desde el 22 de julio de 2017 el actor actora solicitó estar afiliado a dicha entidad (pág.24, doc.00, carp.01), escogencia que ratificó en el apartado de las pretensiones enarboladas (pág.03, doc.00, carp.01); de allí que, sea Colpensiones E.I.C.E., la entidad encargada de recibirlo y activar su afiliación al régimen que administra.

Y aunque es cierto en la Sentencia SL4211-2021, con radicado 85164, la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “... *al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema*”, sin embargo, esta Corporación se aparta de dicho discernimiento, en tanto que, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, expresamente refiere que cuando la afiliación queda sin efecto, la misma “... *podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*”. En paralelo, conviene memorar que los casos en que las Salas de Descongestión estimen necesario cambiar un precedente o crear una línea de pensamiento (jurisprudencia) deben infaltablemente remitir el proyecto a la Sala permanente para que sea esta la que estudie su viabilidad y pertinencia (ver el artículo 2° de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un párrafo al artículo 16 de la Ley 270 de 1996, la Sentencia C-154 de 2016, y la Sentencia CSJ SL593-2021).

Consecuentemente, orden impartida por el *a quo* a la AFP Porvenir S.A., de reconocer la pensión bajo las reglas del Régimen de Prima Media y emitir un cálculo actuarial con miras a subrogarse en Colpensiones E.I.C.E., no es un efecto propio de la declaratoria de ineficacia, y desconoce las reglas propias de cada régimen, los cuales, como, como fue resaltado por los apoderados de las partes, son excluyentes entre sí.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que en el proceso de la referencia no fue pretendida la declaratoria de responsabilidad patrimonial de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual, así como tampoco el reconocimiento de la pensión de vejez, precisando que en todo caso, la ineficacia declarada, impide que se materialice el perjuicio que busca corregir el fallador de instancia, razones por las cuales las órdenes impartidas, alteran sustancialmente el principio de congruencia y de contera, el derecho de defensa y contradicción de las accionadas.

Ahora bien, la ineficacia que se declarará supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización del demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media, para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de la administradora accionada, teniendo en cuenta, que fue la AFP Protección S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo ésta, la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del actor, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos financieros generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad del demandante y no de los Fondos, aunado a ello, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

Los aportes al fondo de garantía mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

Ahora, en cuanto a las primas de los seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del pretensor, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de la AFP demandada y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, indicando:

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular”

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, 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.”

Similar postura se sostuvo en la sentencia SL 3034 de 2021:

“Resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para denegar prosperidad a la alzada y al surtir el grado jurisdiccional de consulta, se advierte que el restablecimiento pleno o completo, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos de la sentencia CSJ SL2877-2020, requiere especificar y detallar algunas de las condenas impartidas por el a quo, razón por la cual se procederá a CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2018, precisando y adicionando el ordinal segundo en el sentido de que Old Mutual SA, además, deberá trasladar a Colpensiones, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que el accionante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

Adicionalmente, cumple memorar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adoctrinado que la indexación de los descuentos objeto de devolución, como lo son las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP, es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones E.I.C.E., Razón por la cual resulta procedente la condena por este concepto, tal y como lo ordenó el *a quo*.

Finalmente, y de cara al cálculo de equivalencia para financiar las prestaciones pensionales que llegaren a causarse en favor del demandante, ha de relieves la Sala que tal decisión no es consistente con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala, pues en estos casos, el criterio vertido por el máximo órgano jurisdiccional no ha tenido variación en cuanto, una vez verificada la ineficacia del traslado, lo procedente es la devolución todos los valores que por aportes hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, incluyendo lo descontado para cubrir las primas de los seguros previsionales, gastos o comisiones de administración, aportaciones al fondo de garantía de

pensión mínima, con todos los rendimientos, frutos e intereses, como se indicó en las líneas que anteceden (SL2877-2020, radicado 78667).

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada, en cuanto declaró que las AFP Protección S.A y Porvenir S.A., no demostraron el cumplimiento la obligación de diligencia debida y buen consejo que debieron desplegar en favor del actor, y revocada en todo lo demás, para en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual; condenar a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. los dineros de su cuenta de ahorro individual, incluyendo además de las cotizaciones y rendimientos financieros, las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria del actor, debidamente indexados; y condenar a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria del actor, debidamente indexados.

Sin costas en esta instancia por haber alcanzado prosperidad parcial la apelación interpuesta por cada una de las partes.

3.- DECISIÓN

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se **REVOCAN** los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo y de la sentencia proferida el 03 de noviembre de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso

ordinario laboral instaurado por Cristian Armando Julia de Layzt en contra de las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones S.A., y en su lugar:

- a) Se **DECLARA** la ineficacia de la afiliación del señor Cristian Armando Julia de Layzt al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., en la fecha 11 de octubre de 199, ineficacia que irradia pretérita la afiliación a la AFP Porvenir S.A. el 28 de marzo de 2001.
- b) Se **CONDENA** a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. los dineros de su cuenta de ahorro individual, incluyendo además de las cotizaciones y rendimientos financieros, las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria del actor, desde el 01 de mayo de 2001, y hasta que se haga efectivo el traslado, debidamente indexados.
- c) Se **CONDENA** a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria del actor, entre el 11 de octubre de 1994 y el 30 de abril de 2001, debidamente indexados.

2.- Se **CONFIRMAN** los numerales primero y décimo segundo de la sentencia de fecha y origen conocidos.


3.- Sin costas en esta instancia.


4.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.


El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la

Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE


CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO