



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-023-2019-01128-01
Demandante: Ligia Beatriz Ossa Castaño
Demandado: AFP Colfondos S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Asunto: Consulta de Sentencia
Procedencia: Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, abril veintiocho (28) 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 impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., respecto de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por Ligia Beatriz Ossa Castaño contra la AFP Colfondos S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-023-2019-01128-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora Ligia Beatriz Ossa Castaño promovió demanda ordinaria laboral, pretendiendo se declare la nulidad de su traslado a la AFP Colfondos S.A., se declare que su afiliación a Colpensiones E.I.C.E. se ha mantenido vigente y sin solución de continuidad; se condene a la AFP Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. todos y cada uno de los aportes que le efectuó, incluidos los rendimientos financieros, y sin ningún descuento por cuotas de administración; y se condene en costas a las entidades demandadas.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que la señora Ligia Beatriz Ossa Castaño nació el 11 de agosto de 1960, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en marzo de 1986, y se trasladó a la AFP Colfondos S.A. en octubre de 1998, sin que se le hubiere explicado de manera clara y precisa ventajas y desventajas concernientes a cada régimen pensional.

Agregó que en el régimen de ahorro individual se pensionará con una mesada de \$828.116, mientras que en el régimen de prima media habría causado una mesa de \$1.109.207, y que el 27 de septiembre de 2019 Colpensiones E.I.C.E. desestimó la solicitud de traslado de régimen pensional incoada (págs.03-11, doc.00, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado legalmente constituido, **COLPENSIONES E.I.C.E.** aceptó que la señora Ligia Beatriz Ossa Castaño nació el 11 de agosto de 1960, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en marzo de 1986, y el 27 de septiembre de 2019 rechazó la solicitud de traslado de régimen pensional por ella peticionado.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que el traslado de la demandante no devino del incumplimiento de ninguno de los deberes que le

asistía, y porque a la actora le faltan menos de diez (10) años para arribar a la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

De consiguiente excepcionó de mérito la inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al régimen de prima media por falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación de traslado de régimen por no existir vicio o nulidad en la afiliación, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración, compensación, prescripción, buena fe e imposibilidad de condena en costas (págs.110-115, doc.00, carp.01).

Por su parte, la **AFP COLFONDOS S.A.**, actuado por intermedio de vocera judicial, se allanó a las pretensiones de la demanda, y solicitó no se impusiera condena en cosas a cargo de su representada (págs.154, doc.00, carp.01)

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 14 de febrero de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación a la AFP Colfondos S.A. de la señora Ligia Beatriz Ossa Castaño; condenó a la AFP Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración, primas previsionales, y porcentajes para la garantía de pensión mínima, debidamente indexados; ordenó a Colpensiones E.I.C.E. recibir las sumas antes descritas, convirtiéndolas en semanas efectivamente cotizadas, y reactivando la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones formuladas por las entidades demandadas; y no impuso condena en costas a ninguna de las partes (docs.33-35, carp.01).

1.4.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Se advierte que, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, ninguna de las partes alegó de conclusión.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Procede la consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E. 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 la señora Ligia Beatriz Ossa Castaño nació el 11 de agosto de 1960, tal y como se desprende del documento de identidad (pág.17, doc.00, carp.01), realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 19 de mayo de 1994, pues así se infiere del reporte de semanas cotizadas incorporado (doc. GRP-SCH-HL, subcarp.18, carp.01), y se trasladó a la AFP Colfondos S.A., con efectos a partir del 01 de octubre de 1998, según e certificado de afiliación (pág.18, doc.04, carp.01).

- Y que el 26 de septiembre de 2019le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual (págs.26-35, doc.03, carp.01), petición que se desestimó el día 27 del mismo mes y año, porque le faltaban diez (10) años o menos para cumplir la edad mínima para tener derecho a la pensión de vejez (págs.36-38, doc.00, carp.01; doc. SAC-COM-AF, subcarp.18, carp.01).

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si la sentencia proferida en el proceso de la referencia se encuentra ajustada a derecho, efecto para el que habrá que determinar si el traslado efectuado por la demandante desde el Régimen de Prima Media hacia el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Colfondos S.A., adolece de ineficacia?

¿Si debe ordenarse a la AFP Colfondos S.A., además del traslado de las cotizaciones, y los rendimientos financieros, la devolución de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las primas del seguro previsional, debidamente indexados, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia?

2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto jurídico de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información, y de forma consecuencial, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, debidamente indexados, y en tal sentido, lo procedente será CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

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 (artículo 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 1º 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 4º 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 establecido el traslado de régimen pensional de la señora Ligia Beatriz Ossa Castaño, a través de la AFP Colfondos S.A., con efectividad a partir del 01 de octubre de 1994, según se extrae del certificado de afiliación incorporado (pág.81, doc.00, carp.01), no obstante, en el plenario no obra ningún medio de convicción que dé cuenta de la información brindada a la 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”* (SL3871- 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 a la demandante no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma indicó que no recibió ninguna información cuando se trasladó a la AFP Colfondos S.A., que fue la empresa en la que trabajaba la que tomó la determinación de trasladar a todos los empleados para ese fondo privado, que no se sintió presionada porque no tenía ningún conocimiento sobre el asunto, y que no tenía conocimiento que solo tenía hasta los 47 años de edad para retornar al fondo privado (desde el minuto 00:08:45, doc.33, carp.01).

De lo anterior, es claro que, si bien la gestora del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información completa, sin conocer las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consecuencias del traslado, ni las desventajas de dicho régimen pensional, así como tampoco conocía del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que inicialmente brindó la AFP Colfondos S.A. a la demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de su afiliación a dicha administradora, siendo lo procedente confirmar en este aspecto la sentencia consultada.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional:

La ineficacia 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 de la

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 con Prestación Definida, para garantizar el financiamiento de la futura pensión de la actora.

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 Colfondos 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 de la actora, 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 de la 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 de la 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 la 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 S.A, 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”.

Finalmente, 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 adocinado 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.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto dispuso el traslado, no solo del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual y lo rendimientos financieros, sino también de las sumas descontadas por concepto de cuotas de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y las primas del seguro previsional, debidamente indexadas.

Sin costas en esta instancia por haberse revisado la decisión de primer grado bajo el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E.

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 **CONFIRMA** la sentencia proferida el 14 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral de Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Ligia Beatriz Ossa Castaño contra la AFP Colfondos S.A. y Colpensiones E.I.C.E.


2.- Sin costas en esta instancia.


3.- 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