



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-004-2020-00143-01
Demandante:	Gladis Patricia Pérez Puerta
Demandado:	AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Asunto:	Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia:	Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, agosto dieciocho (18) 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 resolver los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública codemandada, en los aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, respecto de la sentencia proferida el 23 de junio de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por Gladis Patricia Pérez Puerta contra la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-004-2020-00143-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora Gladis Patricia Pérez Puerta convocó a juicio a la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual; se ordene a Colpensiones E.I.C.E. afiliarla nuevamente al Régimen de Prima Media; se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. todo el capital que posea en la cuenta de ahorro individual, con sus frutos o intereses; y se condene en costas a las entidades demandadas.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que la señora Gladis Patricia Pérez Puerta nació el 20 de enero de 1964; laboró al servicio del Municipio de Concepción – Antioquia, entre el 11 de enero de 1985 y el 07 de junio de 1992, y al servicio del Municipio de Medellín – Antioquia, entre el 25 de marzo de 1993 y el 30 de junio de 1995, sin cotizaciones al ISS; que fue afiliada al Instituto de Seguros Sociales a partir del 01 de julio de 1995; y se trasladó a la AFP Porvenir S.A., con efectividad desde el 01 de julio de 1997, después de que los asesores del fondo privado le aseguraran que en éste podría pensionarse antes de la edad mínima requerida en el ISS, y sin recibir ninguna otra asesoría sobre las características que diferenciaban ambos regímenes pensionales.

Dijo que el 12 de junio de 2017 le solicitó a la AFP Porvenir S.A. autorizar su traslado a Colpensiones E.I.C.E., petición que fue rechazada el día 13 del mismo mes y año; que para el mes de enero de 2020 contaba con 1.761 semanas cotizadas, pero no acumulaba el capital mínimo requerido para obtener una pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual, siéndole más favorable el Régimen de Prima Media (doc.01, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada judicial legalmente constituida, **Colpensiones E.I.C.E.**, admitió que la señora Gladis Patricia Pérez Puerta nació el 20 de enero de 1964; laboró al servicio del Municipio de Concepción – Antioquia, entre el 11 de enero de 1985 y el 07 de junio de 1992, sin cotizaciones al ISS, y al servicio del Municipio de Medellín – Antioquia, entre el 25 de marzo de 1993 y el 30 de junio de 1995, sin cotizaciones al ISS; y fue afiliada al Instituto de Seguros Sociales a partir del 01 de julio de 1995.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que la actora suscribió el formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual ejerciendo autónoma y voluntariamente el derecho de libre escogencia de régimen pensional; que la demandante debió corroborar y ampliar la información brindada por los asesores del fondo privado; que su representada es un tercero de buena fe; y que en caso de acogerse la declaratoria de ineficacia, debe ordenarse el traslado como si la actora siempre hubiere estado afiliada al Régimen de Prima Media, incluyendo las cuotas de administración.

De consiguiente, en su defensa excepcionó de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del traslado de régimen; inexistencia de ineficacia del traslado; inoponibilidad de la responsabilidad de Porvenir ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen; indebida aplicación del artículo 1604 del CC; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media; desconocimiento del precedente judicial; devolución de aportes indexados; devolución de cuotas de administración indexadas por parte de Porvenir; devolución de los aportes detallados; buena fe; prescripción; compensación; e imposibilidad de condena en costas (doc.08, carp.01).

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.** aseveró que la señora Gladis Patricia Pérez Puerta se afilió a la entidad el 21 de mayo de 1997, después de haber recibido de

sus asesores información amplia, adecuada, suficiente, clara, comprensible, precisa y detallada respecto de las características propias de cada régimen pensional, para que de manera libre e informada seleccionara el que más le conviniera, tal y como consta en el formulario de afiliación suscrito por la demandante.

Sostuvo que para la época en que se surtió el traslado de régimen pensional no tenía la obligación de realizar cálculos o proyecciones pensiones, y que la demandante tuvo la oportunidad de regresar al Régimen de Prima Media, pero dejó vencer el término establecido para ello, ratificándose en su decisión de permanecer afiliada al Régimen de Ahorro Individual.

De consiguiente, resistió a la prosperidad de las pretensiones, y propuso de mérito las excepciones que denominó prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación; restituciones mutuas; y la excepción genérica (doc.12, carp.01).

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 23 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado que la señora Gladis Patricia Pérez Puerta hiciera al Régimen de Ahorro Individual en 1997, quedando incólume su afiliación al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad; ordenó a la AFP Porvenir S.A. retornar a Colpensiones E.I.C.E., quien recibirá a satisfacción y equivalencia, los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la actora, tales como cotizaciones y rendimientos, y debidamente indexados, las comisiones de administración, los seguros y reaseguros, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima; ordenó a Colpensiones E.I.C.E. continuar administrando la afiliación de la demandante al Sistema General de Pensiones, recibir los valores de la cuenta de ahorro individual, y ajustar su histórico laboral; decretó, como medida cautelar innominada, la obligación a Colpensiones E.I.C.E. de no negar el reconocimiento pensional, aduciendo que no ha recibido los recursos provenientes del Régimen de Ahorro Individual; desestimó las excepciones de mérito propuestas por la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones

E.I.C.E., y condenó en costas a la AFP Porvenir S.A., en favor de la demandante (doc.20, carp.01).

1.4.- RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **Colpensiones E.I.C.E.** interpuso el recurso de apelación procurando que se revoque la medida cautelar decretada en la sentencia de primera instancia, sustentando que el traslado efectivo de los recursos es necesario para financiar la prestación pensional que se llegare a causar en favor de la demandante; y que a pesar de que el afiliado no debe asumir las cargas administrativas del traslado de régimen pensional, a la entidad que representa tampoco pueden adjudicársele las consecuencias de actos jurídicos celebrados entre terceros (minuto 00:16:00, doc.25, carp.01).

Por su parte, la poderhabiente judicial de la **AFP Porvenir S.A.** interpuso el recurso de alzada, únicamente para que se revoque la condena referida al traslado indexado de los gastos de administración, las primas del seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, arguyendo que el mismo no fue solicitado en la demanda inaugural; porque la pérdida del poder adquisitivo tampoco fue discutida durante el debate probatorio; porque la rentabilidad mínima asegurada deshace cualquier devaluación que hubieren sufrido los aportes; y porque los rendimientos financieros también tienen la vocación de contrarrestar cualquier corrección monetaria (minuto 00:19:00, doc.25, carp.01).

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, la poderhabiente judicial de **Colpensiones E.I.C.E.** solicitó revocar y modificar la sentencia de primer grado arguyendo que la demandante no acreditó los supuestos de hecho para que se declarara la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual, sin que las particularidades del caso permitan que se invierta la carga de prueba en favor de la afiliada; que el error de derecho, ni la simple manifestación

de inconformidad respecto del valor de la pensiones, tienen la entidad de viciar el consentimiento; que a los fondos privados solo puede exigírseles el debido diligenciamiento del formulario de afiliación para probar el cumplimiento del deber de información; que su representada no participó en el acto jurídico de traslado de régimen pensional, y en tal medida, no le son oponibles las consecuencias derivadas del mismo; y que la declaratoria indiscriminada de la ineficacia de los traslados de régimen pensional afecta el principio de sostenibilidad financiera (doc.03, carp.02).

Por su parte, el procurador judicial de la **AFP Porvenir S.A.** solicitó la revocatoria íntegra de la sentencia de primera instancia arguyendo que la afiliación de la actora no adolece de nulidad o ineficacia, siendo que cumple los requisitos de existencia y esencia del acto jurídico; que la normativa que rige la libre escogencia de régimen pensional no refiere los efectos establecidos por el a quo; que la demandante recibió la información necesaria para seleccionar el régimen más conveniente y de ello se dejó constancia en el formulario de afiliación, conforme a lo establecido en la normativa vigente para la época del traslado; que deben autorizarse las restituciones mutuas siendo que siempre ha actuado de buena fe, y que los aportes del actor no se han visto afectados por la devaluación de la moneda porque sobre los mismos se garantizó una rentabilidad mínima, siendo improcedente la indexación ordenada (doc.05, 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 fueron objeto de apelación por la **AFP Porvenir S.A.** y **Colpensiones E.I.C.E.**, 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 puntos 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 la señora Gladis Patricia Pérez Puerta nació el 20 de enero de 1964 (pág.62, doc.01, carp.01), laboró al servicio del Municipio de Concepción – Antioquia, entre el 11 de enero de 1985 y el 07 de junio de 1992, sin cotizaciones al ISS (págs.21-22, doc.01, carp.01), y al servicio del Municipio de Medellín – Antioquia, entre el 25 de marzo de 1993 y el 30 de junio de 1995, sin cotizaciones al ISS (págs.23-28, doc.01, carp.01).
- Que fue afiliada al Instituto de Seguros Sociales el 01 de julio de 1995 (págs.31-36, 11-14, doc.01, carp.01; págs.74-78, doc.12, carp.01), y se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 21 de mayo de 1997 (pág.73, doc.12, carp.01).
- Que el 13 de junio de 2017 la AFP Porvenir S.A. rechazó la solicitud de traslado a Colpensiones E.I.C.E. radicada por la accionante, porque se encontraba a menos de diez (10) años para tener derecho a la pensión de vejez (págs.07-10, doc.01, carp.01; págs.121-122, doc.12, carp.01).
- Que el 19 de abril de 2018 la actora diligenció el formulario de afiliación a Colpensiones E.I.C.E. (pág.01, doc.09, carp.01), y que la afiliación fue rechazada en la misma fecha, porque se encontraba a diez (10) años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (pág.12, doc.09, carp.01).

- Que para el 07 de diciembre de 2022 contaba con 1.910 semanas cotizadas (págs.79-88, doc.12, carp.01), y un saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual de \$128.565.163 (págs.89-120, doc.12, 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 señora Gladis Patricia Pérez Puerta, desde el Régimen de Prima Media hacia el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Porvenir S.A., en la fecha el 21 de mayo de 1997, adolece de ineficacia?

En caso afirmativo habrá que establecer ¿Si debe ordenarse a la AFP Porvenir S.A., además del traslado de las cotizaciones, y los rendimientos financieros, la devolución indexada, y con cargo a su propio patrimonio, de las comisiones de administración, los aportes al fondo de garantía mínima, y las primas del seguro previsional, como consecuencia de la 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 del fondo privado demandado, y de forma consecuencial, debe ordenarse el traslado no solo de las cotizaciones obligatorias y los rendimientos financieros, sino también de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria, debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio, sin que sea procedente el decreto de la medida cautelar dispensada la cual ni siquiera fue solicitada. De consiguiente la sentencia de primera instancia será revocada y confirmada.

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 de Prima Media, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público, y el Régimen de Ahorro Individual administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado (artículo 12).

El Régimen de Prima Media 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 de la afiliada, 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.*

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 de la afiliada, 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; SL SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021, SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022, SL1637 del 11 de mayo de 2022 y más recientemente en las sentencias, 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 deciden di* 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, deben 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 a las mismas 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 que la señora Gladis Patricia Pérez Puerta se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Porvenir S.A., en la fecha el 21 de mayo de 1997, según se extrae del Certificado de Afiliaciones SIAFP y del formulario de afiliación incorporados al plenario (págs.69-71, 73, doc.12, carp.01, respectivamente).

No obstante, los referidos documentos no dan cuenta de la información brindada a la accionante previo a que se surtiera el acto jurídico del traslado, en los términos indicados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se suple 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); y es por ello que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad o consentimiento informado de la demandante, para trasladarse de régimen pensional, 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 ha realizado estudios relacionados con el Sistema General de Pensiones; que cuando suscribió el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. no recibió ninguna instrucción o asesoría sobre el cambio de fondo, que solo le entregaron una hoja y le dijeron que firmara; que no lo sintió como una imposición del empleador, pero tampoco recibió la información necesaria; que su empleador ni el fondo privado le entregaron información escrita en la que le explicaran en qué consistía el traslado de régimen pensional; que en la reunión en la que se llevó a cabo el traslado les dijeron que por ley todos se debían trasladarse a un fondo privado; que la misma duró media

hora aproximadamente, y en ella participaron más de trescientos empleados, acompañados por el personal de talento humano y asesores de la AFP Porvenir S.A.; que no le explicaron en qué consistía el retracto; que ese mismo espacio no había asesores de otros fondos privados, ni del Seguro Social; que posteriormente no recibió información por parte de la AFP Porvenir S.A., y que nunca le informaron que había un momento en el que ya no podría trasladarse de régimen (minuto 00:25:30, doc.23, carp.01).

Corolario de lo anterior, es claro para la Sala que, si bien la gestora del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información clara, completa y comprensible al respecto, sin conocer las características ni el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, las consecuencias del traslado, ni las desventajas de podría comportar dicho régimen pensional, así como tampoco conocía las reglas del Régimen de Prima Media.

Aunado a lo que se viene diciendo, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que la AFP Porvenir 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 la pretensora.

En este escenario probatorio, esto es, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que inicialmente brindo la AFP Porvenir 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, debiéndose confirmar en este aspecto la sentencia consultada.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional

La declaratoria de ineficacia supone que el acto celebrado 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, aunque no se hubiere reclamado de este modo en la demanda, teniendo en cuenta que los mismos 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, para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor.

Y es que además, no puede afectarse el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media, 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.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual, se pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877-2020, 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. 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”.

De manera particular, se relieves que 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, 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 la afiliada, 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.

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.

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.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto dispuso el traslado de las cotizaciones obligatorias y los rendimientos financieros, y la devolución indexada, y con cargo al patrimonio de la AFP Porvenir S.A., de las cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y las primas del seguro previsional.

De las medidas cautelares innominadas

El régimen cautelar tiene amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrolla el principio de eficacia de la administración de justicia, en la búsqueda de asegurar el cumplimiento de las decisiones de las autoridades bajo el entendimiento de que los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.

El artículo 85A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece:

“ARTÍCULO 85 A. MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO ORDINARIO. Cuando el demandado, en juicio ordinario, efectúe actos que el juez estime tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia, o cuando el juez considere que el demandado se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, podrá imponerle caución para garantizar las resultas del proceso, la cual oscilará de acuerdo a su prudente juicio entre el 30 y el 50% del valor de las pretensiones al momento de decretarse la medida cautelar.

En la solicitud, la cual se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento, se indicarán los motivos y los hechos en que se funda. Recibida la solicitud, se citará inmediatamente mediante auto dictado por fuera de audiencia a audiencia especial al quinto día hábil siguiente, oportunidad en la cual las partes presentarán las pruebas acerca de la situación alegada y se decidirá en el acto. La decisión será apelable en el efecto devolutivo”

Sin embargo, cumple relieves que mediante la Sentencia C-043 de 2021 la Corte Constitucional declaró condicionadamente exequible el artículo en cita, bajo el entendido de que en la jurisdicción ordinaria laboral también podrán invocarse medidas cautelares innominadas, esto es, las previstas en el literal c) del numeral 1º del artículo 590 del Código General del Proceso que prevé:

“ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS. En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

(...)

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

(...)”.

Pese a lo anterior, advierte la Corporación que el *a quo* sorprendió a Colpensiones E.I.C.E. con una orden frente a la cual no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, siendo que el decreto de la medida cautelar innominada no fue solicitado por la litigiosa por activa, vulnerándole además el derecho fundamental al debido proceso, teniendo en cuenta que no le advirtió que dicha circunstancia sería definida en la audiencia para la que fue convocada, pretermitiéndole la oportunidad procesal para que presentara pruebas sobre la situación alegada.

Rescata la Sala la intención del fallador de instancia de blindar los derechos del accionante, empero tal propósito ha de cumplirse en el marco de los asuntos establecidos como fijación del litigio y aspectos discutidos y probados, lo que se satisface en este asunto a través de la orden principal emitida por el fallador de instancia que, además de disponer la devolución total de recursos captados por el actor, impuso un término perentorio y breve de satisfacción de la orden, cuyo cumplimiento podrá vigilarse y/o exigirse a través de los mecanismos judiciales de ejecución.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto, con acierto, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, y ordenó el retorno de la actora al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad, y en consecuencia, dispuso traslado de las cotizaciones obligatorias y los rendimientos financieros, y la devolución indexada, con cargo al patrimonio del fondo privado accionado, de las comisiones de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima; y revocada en cuanto impuso una medida cautelar innominada.

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., por habérsele resuelto desfavorablemente el recurso de alzada, se fijan como agencias en derecho en favor de la señora Gladis Patricia Pérez Puerta la suma de \$1.160.000 que corresponde a un (1) SMLMV; sin costas a cargo de Colpensiones E.I.C.E. por haber alcanzado prosperidad el recurso de apelación propuesto.

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 REVOCA PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida el 23 de junio de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Gladis Patricia Pérez Puerta contra la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., en lo que concierne al decreto de la medida cautelar innominada impuesta a Colpensiones E.I.C.E., y en su lugar, se absuelve a Colpensiones E.I.C.E. de la referida obligación.


2.- Se CONFIRMA en todo lo demás la sentencia de origen y fecha conocidos.

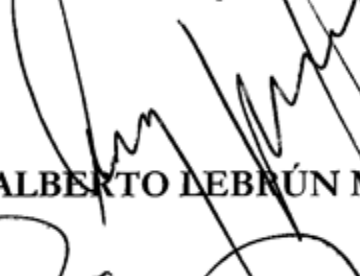
3.- Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., se fijan como agencias en derecho en favor de la señora Gladis Patricia Pérez Puerta la suma de \$1.160.000.


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