



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-018-2019-00700-01
Demandante: Gamaliel Richard Castro Camacho
Demandado: AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Asunto: Apelación y consulta de Sentencia
Procedencia: Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación inicial al Régimen de Ahorro Individual.

Medellín, enero veinticuatro (24) de dos mil veinticuatro (2024)

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, DIEGO FERNANDO SALAS RONDON y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE como magistrada ponente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y habiendo sido aprobado mayoritariamente el proyecto en Sala, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones E.I.C.E. e impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida el 26 de octubre de 2023 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por el señor Gamaliel Richard Castro Camacho contra la AFP

Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-018-2019-00700-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Gamaliel Richard Castro Camacho convocó a juicio a la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual, por falta de requisito de forma contemplado en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y por haber sido inducido en error por la omisión de información, en consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A. a trasladar el capital y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, más es porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, comisiones de administración, primas de reaseguro, primas de invalidez y sobrevivientes con destino a Colpensiones E.I.C.E., ordenándose a esta última a reactivar su afiliación.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas, se sintetizan en que el señor Gamaliel Richard Castro Camacho nació el 30 de septiembre de 1964, que en el año 1995 regresó a Colombia, vinculándose a Inextra S.A., quien le exigió la vinculación a seguridad social en el país y le entregó el formulario de afiliación a la AFP Protección S.A., que suscribió el 18 de abril de 1995, sin que mediara explicación alguna respecto a los requisitos y características del régimen, e incluso omitió advertir que existían dos regímenes y que podía elegir entre ellos, incumpléndose la obligación de informar de manera clara, completa, verás y específica las consecuencias y efectos de la afiliación.

Se agregó que el 3 de septiembre de 2019, el actor presentó petición ante Colpensiones solicitando la ineficacia de la afiliación, recibiendo respuesta el 05 de septiembre, en la cual se le indicó que era improcedente el traslado.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada legalmente constituido, **Colpensiones E.I.C.E.** admitió la fecha de nacimiento del señor Gamaliel Richard Castro Camacho, la petición presentada ante la entidad solicitando se declare la ineficacia y la respuesta dada a la misma; señaló no constarle los demás hechos, por corresponder a situaciones propias de otra administradora.

Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de prescripción; improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen; devolución de cuotas de administración; buena fe; improcedencia de condena en costas y compensación.

Por su parte, la **AFP Protección S.A.** admitió como cierta la fecha de nacimiento del demandante, afirmando que lo narrado respecto de la afiliación no es cierto, toda vez que el actor fue asesorado de manera objetiva, integra, clara y responsable, sobre todos los aspectos del Régimen de Ahorro Individual y las características de ambos regímenes pensionales, estudiándose las particularidades del caso, efectuándose la afiliación de manera libre, voluntaria e informada el 18 de abril de 1995, sin que se haya faltado al deber de información.

En oposición a la prosperidad de las pretensiones formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 26 de octubre de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación del señor Gamaliel Richard Castro Camacho al Régimen de Ahorro Individual; ordenó a la AFP Protección S.A. efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos; ordenó a Colpensiones E.I.C.E. afiliar al actor siendo el Régimen de Prima Media, el régimen seleccionado por este y recibir las sumas indicadas, finalmente, condenó en costas a la AFP Protección S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

La poderhabiente judicial de **Colpensiones E.I.C.E.** interpuso el recurso de apelación en procura de que se revoque el fallo de primera instancia, toda vez que se obliga a la entidad a recibir los aportes realizados por el demandante a otro fondo, situación que viola el principio de solidaridad del Régimen de Prima Media, máxime cuando nunca se hizo aportes al Régimen de Prima Media, al cual nunca estuvo afiliado el actor, disminuyéndose el patrimonio de Colpensiones, adicionalmente, considera que la afiliación se realizó con conciencia y bajo la plena claridad por parte del demandante del negocio jurídico que se estaban realizando, sin que existiera violación al consentimiento del mismo.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión se pronunció la apoderada de **Colpensiones E.I.C.E.**, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, por considerar que la parte actora no cumple con la carga de la prueba en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso, agregando que la afiliación del demandante se dio en vigencia de la Ley 663 de 1993, la cual solo exigía a los fondos de pensiones atender el formulario

con el lleno de los requisitos previstos por la entonces Superintendencia Bancaria, sin que se pueda imponer cargas adicionales.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

La competencia de esta Corporación está dada por los puntos que fueron objeto de apelación por **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 el señor Gamaliel Richard Castro Camacho nació el 30 de septiembre de 1964, tal y como se desprende la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 22 del anexo 01 del expediente digital.
- Que el actor se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección S.A. el 18 de abril de 1995, con efectividad de la misma

fecha, de conformidad con el formulario de afiliación visible a folio 31 del anexo 01 del expediente digital.

-Que el pretensor ha cotizado un total de 1301.29 semanas, conforme a la historia laboral generada por Protección S.A., obrante a folios 60 a 73 del anexo 06 del expediente digital.

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 la afiliación realizada por el señor Gamaliel Richard Castro Camacho al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., en la fecha 18 de abril de 1995, adolece de ineficacia?

¿Si debe ordenarse a la AFP Protección S.A., además del traslado de las cotizaciones, y los rendimientos financieros, la devolución indexada, y cargo a su propio patrimonio, de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima, las primas del seguro previsional, 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 procedente la declaratoria de la ineficacia del acto inicial de afiliación por incumplimiento del deber de información y, por lo tanto, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, incluyendo las cuotas de administración, los seguros previsionales, y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima,

debidamente indexados. Consecuentemente, la sentencia de primera instancia será **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 todos 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 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.*”

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 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, 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 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, deben aplicarse las dos sub reglas principales establecidas por el máximo Tribunal de la jurisdicción 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 *sub juice* se tiene establecido que el señor Gamaliel Richard Castro Camacho se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección S.A., el 18 de abril de 1995, según se extrae del formulario de afiliación incorporados al plenario, no obstante, dicho formulario de afiliación no dan cuenta de la información brindada al accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Conforme al reiterado criterio de esta Sala, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL932 de 2023); es por ello que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad en la afiliación inicial al RAIS, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, razón por la cual no es posible atender los argumentos esbozados por la apoderada de Colpensiones en la sustentación del recurso de alzada.

Además, del interrogatorio practicado al señor Gamaliel Richard Castro Camacho no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó que en 1995 regresó a Colombia transferido por la empresa en la que trabajaba en el exterior, que la persona de recursos humanos de la compañía le indicó que la afiliación era requisito para iniciar la vinculación y allí había un representante de Protección S.A., aduciendo que no le hablaron de intereses o rendimientos, que no hubo información adicional, ni le indicaron los beneficios de la inclusión de los beneficiarios en el formulario.

Corolario de lo anterior, es claro para la Sala que, si bien el gestor del proceso Se afilió de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información clara, completa y comprensible para la selección de régimen, sin conocer las características ni el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, las ventajas y desventajas del RAIS, así como tampoco se le informó la existencia del Régimen de Prima Media, ni sus características.

Aunado a lo que se viene diciendo, esta Colegiatura advierte 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 del afiliado, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama el pretensor.

En este escenario probatorio, esto es, ante la ausencia de medios demostrativos que den cuenta de la información que la AFP Protección S.A. le brindó al pretensor al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no es posible una decisión distinta a la adoptada por la cognoscente de primera instancia, en cuanto declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional.

Afiliación Inicial

Para la Sala resulta procedente la declaratoria de ineficacia de la afiliación inicial, pues no puede pasarse por alto que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, contempla que cuando se afecte la libertad de selección ***“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”***, en este contexto el incumplimiento del deber de información, condiciona la selección de régimen, siendo este derecho y la debida asesoría una garantía que tienen todos los afiliados al sistema, tanto en los eventos de afiliación inicial, como de traslado de régimen y en tal caso, la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, implica que el demandante puede elegir la afiliación al Régimen de Prima Media, como lo pretende en este proceso.

Relieva la Sala que, aunque en las sentencias SL4211-2021 y SL 1806 de 2022, la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que *“la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta*

directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho”, esta Sala se aparta de dicho discernimiento, en tanto que, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, expresamente refiere que cuando se atenta contra la libre selección de régimen la afiliación queda sin efecto y “... *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 2º 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).

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 Castro Camacho retorne a su estado anterior, siendo claro que el mismo, antes del 18 de abril de 1995 no se encontraba afiliado a ningún régimen pensional, no obstante, dado que, conforme a lo señalado en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3º de la Ley 797 de 2003, la afiliación al Sistema General de Pensiones es obligatoria cuando existe una relación laboral, el demandante o puede entenderse desafiliado al sistema, por lo que esta colegiatura mayoritariamente, entiende, que el demandante podía elegir la afiliación al Régimen de Prima Media administrado por el otrora Seguro Social hoy Colpensiones E.I.C.E., tal como lo pretende en sede judicial, máxime si se tiene en cuenta que desde el 4 de septiembre de 2019 el actor petitionó el traslado a Colpensiones, de allí que sea Colpensiones E.I.C.E., la entidad encargada de recibirlo y tramitar la afiliación al régimen que administra.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional

La declaratoria de 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 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.

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 del fondo privado accionada, teniendo en cuenta, que fue 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 RAIS, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL2877 del 29 de julio de 2020 y SL 3034 de 2021, última en la cual sobre el punto se indicó:

“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 la 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”.

Similar postura se sostuvo más recientemente en la sentencia SL 1084 de 2023, al sostener:

“De igual modo, dicha entidad deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones (CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022 y CSJ SL3188-2022)”.

De manera particular, se reliva 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 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.

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 adocinado la procedencia de la indexación de los

descuentos objeto de devolución, como lo son las comisiones de administración, los aportes al fondo de garantía mínima, y las primas del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP, como un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, los cuales no se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, y en tal medida, no se capitalizaron, actualizaron ni indexaron, razón por la cual resulta procedente la condena por este concepto, tal y como lo ordenó la *a quo*.

Colofón de lo anterior, se impone la confirmación íntegra del fallo.

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones E.I.C.E., por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de alzada interpuesto; se fijan como agencias en derecho, en favor de la parte actora, la suma de \$1.160.000 que corresponde a un (1) SMLMV.

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 26 de octubre de 2023 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por el señor Gamaliel Richard Castro Camacho contra la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conforme lo expuesto en la parte motiva.

2.- Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones E.I.C.E., se fijan como agencias en derecho, en favor de la parte actora, la suma de \$1.160.000 que corresponde a un (1) SMLMV.

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,

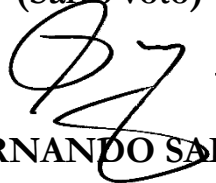


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE



LUZ PATRICIA CALLE QUINTERO

(Salvó voto)



DIEGO FERNANDO SALAS RONDON

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso Ordinario Laboral – Ineficacia de afiliación

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto de la adoptada, por las razones que expongo a continuación.

Como lo he expuesto en relación con los asuntos de ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, pese a acatar en la actualidad el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la alta corporación, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría, concentrando el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, en este asunto en particular, considero que no hay lugar a adoptar la misma línea de decisión, conforme a ese precedente jurisprudencial consolidado, pues no había lugar a declarar aquí la ineficacia del traslado de régimen pensional, toda vez que la parte actora nunca estuvo afiliada en el régimen de prima media, y su vinculación inicial al sistema pensional se dio con su afiliación a una administradora de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual, por lo que considero que no son aplicables los mismos criterios de decisión y cargas probatorias previstas jurisprudencialmente respecto de quienes pretenden la ineficacia de su traslado de régimen, y aunque coincido en que las entidades administradoras en ambos regímenes del Sistema Pensional, tienen el deber de información para con sus afiliados, en ningún caso considero que ello conlleve la ineficacia de la afiliación, como consecuencia legal, y tratándose de un efecto establecido jurisprudencialmente, debería enmarcarse en los supuestos fácticos para los cuales se ha previsto, esto es, para el caso de traslado de régimen.

Aunado a lo anterior, atendiendo a que la consecuencia jurídica de la declaratoria de ineficacia de traslado, de conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es que se retrotrae

la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, y la administradora de fondos de pensiones respectiva debe devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, rendimientos financieros, bonos pensionales, entre otros, porque se entiende que nunca hubo traslado y que el afiliado siempre permaneció en el régimen en el que se encontraba, el de prima media, que hoy administra justamente Colpensiones, sin solución de continuidad para todos los efectos legales; empero, en este caso no podría derivarse la misma consecuencia, pues no podía pretenderse el retorno sin solución de continuidad a un régimen al que nunca se perteneció

Al respecto, se ha pronunciado la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL3587-2021, en la que precisó:

Conviene memorar que como la consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, es volver la situación al estado en que se hallaría de no haber existido el acto de traslado (statu quo ante), la demandante no puede pretender retornar a un régimen al cual nunca perteneció, pues únicamente ha estado afiliada al RAIS desde el 1 de octubre de 1995, que no al RPM, por lo que no está llamado a operar el mecanismo reclamado por simple sustracción de materia (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Importa precisar que si lo que pretendido es retornar al régimen de prima media con prestación definida por resultarle más favorable, debió aprovechar la oportunidad que brindó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, según el cual, una vez elegido el régimen pensional, para que fuera procedente el traslado, debía transcurrir un tiempo de permanencia mínimo de 3 años, que fue incrementado por la Ley 797 de 2003 a 5 años.

Como lo anterior no ocurrió, la accionante consolidó el derecho a la prestación por vejez bajo los parámetros del régimen de ahorro individual con solidaridad, único al que ha estado vinculada, sin que exista la posibilidad de variar dicha condición, pues no hizo uso de la posibilidad legal que tenía a su alcance para moverse dentro del sistema, a fin de lograr el objetivo propuesto

Y en la sentencia CSJ SL4211-2021, señaló:

La Sala no desconoce que tales considerados se han dado en el marco de la ineficacia del traslado de régimen pensional; acto jurídico que no corresponde al del *examine*, en el que se dio la afiliación inicial al sistema general de pensiones, a través del RAIS administrado por Protección S. A.

Ha de recordarse que en el sistema integral de seguridad social se surten dos actos jurídicos que, pese a su conexidad, pues el surgimiento de uno se da ante la materialización del otro, son diferentes entre sí. En efecto, ellos son:

i) La afiliación, que es aquél por el cual una persona ingresa al sistema general de pensiones y, por ello, se da una única vez en la vida y tiene carácter permanente, como lo reza el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que dispone: «[l]a afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones».

ii) El traslado o movilidad de regímenes pensionales o administradoras, se encuentra regulado en el inciso e) del canon 13 de la Ley 100 aludida, modificado por el 2.º de la Ley 797 de 2003, como la posibilidad de mutar de régimen o entidad encargada

de gestionar las cotizaciones realizadas para los riesgos de IVM. Inicialmente, la norma aludida previó un término de 3 años para moverse a otro régimen, que con su reforma se amplió a un lapso de 5 e introdujo la prohibición de realizarlo cuando al afiliado le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, aspecto último que fue objeto de estudio de constitucionalidad en providencia CC C1024-2004.

Tal diferenciación se observa, verbigracia, en el inciso b) del precepto 13 de la Ley 100 de 1993, así como el 6.º del Decreto 228 de 1995, compilado en el 2.2.2.1.8 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que en similar sentido aluden a la obligación de manifestar por escrito la selección de régimen cuando se trata de la vinculación inicial al SGP o de traslado de régimen.

Precisado lo anterior, para la Sala las puntualidades construidas sobre el deber de información de las administradoras, así como su fortalecimiento e incremento de exigencia con el transcurrir del tiempo en materia de ineficacia del traslado de régimen, pueden extenderse al caso de estudio, ya que aquellas obligaciones de las administradoras se predicen frente al actor jurídico, sea de afiliación inicial o de traslado, en el que prevalece el derecho del usuario de tomar una decisión libre y voluntaria, para lo que es necesario que sea informada.

[...]

Así las cosas, pese a que las AFP tienen la obligación de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideran pertinente, cuando se trata de afiliación inicial al SGP, no resulta razonable declarar la ineficacia y disponer que las cosas retornen a su estado natural, como si el acto jurídico no se hubiese efectuado, pues esto implicaría -de acuerdo con las nociones previas del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los efectos de la ineficacia del acto jurisprudencialmente reseñados- que el afiliado pierda dicha calidad, no cuente con ninguna vinculación al sistema y pueda afiliarse nuevamente, sin la posibilidad de que las cotizaciones efectuadas previo a dicha declaratoria se remitan al otro régimen, por la potísima razón de que se quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al imponer a un régimen la obligación de responder por una prestación que nunca se construyó bajo su imperio y, en el caso del RPM, no contribuyó en ningún momento al fondo común, con lo que podría llegar a afectar el derecho pensional de los actuales y futuros pensionados.

[...]

Es importante circunscribir, que en los supuestos fácticos que se analizan, no es procedente acudir a la ficción jurídica construida en materia de ineficacia del traslado, dado que, bajo tal escenario, el afiliado previamente cimentaba su futuro pensional en el otro régimen, lo que permite entender y crear el escenario que aquél siempre estuvo vinculado al anterior y, por tanto, las cotizaciones y montos determinados podrían remitirse a éste.

No obstante, estos aspectos no se dan en la afiliación inicial e impiden ordenar, como lo requiere el recurrente, la remisión al otro régimen de los aportes realizados o semanas, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema y bajo los efectos de la declaratoria de la ineficacia expuestos en el proveído CSJ SL3202-2021, *«cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia»*, razón por la cual la AFP debería reintegrar las cotizaciones al afiliado y al empleador, según corresponda al vínculo bajo el cual se efectuaron los aportes, porque, se reitera, no ha existido vinculación anterior al otro régimen que permita acudir a la ficción jurídica de que siempre permaneció en éste.

Y aunque en materia del traslado de régimen se ha dicho de manera reiterada que no es necesario tener un derecho consolidado, estar próximo a pensionarse o ser acreedor de una expectativa legítima para que se declare su ineficacia, lo cierto es que en tales eventos se protege al afiliado que edificaba su derecho pensional bajo un régimen, pero por el incumplimiento al deber de información que tienen las administradoras, optó por el cambio desinformado, perjudicando la posibilidad que se encontraba construyendo; lo cual no sucede en la afiliación inicial al sistema.

Así las cosas, pese a que se podría declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial ante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema.

Conforme a los argumentos expuestos en este salvamento, en consonancia con las consideraciones de las sentencias citadas, que aun cuando no constituyen precedente jurisprudencial se comparten por la suscrita, en cuanto a que, en casos como éste, no hay lugar a declarar la ineficacia del acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, menos aún el retorno a un régimen al que nunca se perteneció, con las consecuenciales órdenes dadas; y, es por ello que me aparto de la decisión.

Hasta acá, el planteamiento de mi salvamento de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada