



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-017-2023-00188-01
Demandante: Gloria Mercedes Blandón Díaz
Demandado: AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Asunto: Consulta de sentencia
Procedencia: Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, enero treinta (30) 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 RONDÓN y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE como magistrada ponente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y una vez aprobado el proyecto mayoritariamente en Sala, procede a impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., respecto de la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2023 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora Gloria Mercedes Blandón Díaz contra las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-017-2023-00188-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora Gloria Mercedes Blandón Díaz convocó a juicio a las AFP Protección S.A., Porvenir S.A., y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como consecuencia de ello, se declare que se puede afiliarse al Régimen de Prima Media, ordenando a Porvenir S.A., realizar la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muerte, así como los gastos de administración, en igual sentido, se ordene a Colpensiones activar la afiliación en el Régimen de Prima Media.

En respaldo de tales pedimentos se indicó que la señora Gloria Mercedes Blandón Díaz, nació el 11 de noviembre de 1961, que ante una campaña de desinformación de las AFP en general, la actora firmó formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con destino a Porvenir S.A., afiliación que se dio sin tenerse la información concreta, clara y veraz de las consecuencias de tal decisión, sin conocer las ventajas y desventajas del régimen privado, sin que se le informara que el monto de la mesada pensional dependía del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, limitándose a señalar que se podía pensionar a cualquier edad y sin explicar los requisitos para pensionarse en el Régimen de Prima Media, además que no se brindó información respecto a la posibilidad de realizar aportes voluntarios, ni se informó que del valor aportado se descontaría un porcentaje por concepto de administración.

1.2.- CONTESTACIÓN

Al replicar la demanda, la **AFP PORVENIR S.A.**, señaló que no son ciertos los hechos en la forma planteada por la parte, toda vez que la demandante diligenció y suscribió formulario de afiliación con Colpatria hoy Porvenir S.A., el 7 de julio

de 1999, realizando un traslado horizontal y no propiamente un cambio de régimen, sin que hubiera existido una supuesta “campana de desinformación”, situación que corresponde a una apreciación subjetiva, sin sustento probatorio. Adicionalmente al momento de efectuarse el traslado horizontal, a la demandante le fue puesto de presente en forma oportuna, precisa y clara las características del régimen al que deseaba continuar afiliada, requisitos y diferentes aspectos que se tendrían en cuenta para adquirir la pensión y las diferencias respecto del Régimen de Prima Media.

Con el fin de enervar el éxito de las pretensiones formuló las excepciones de prescripción; buena fe; ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado; aceptación tácita de las condiciones del RAIS; y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

Por su parte, **COLPENSIONES E.I.C.E.** aceptó como cierta la fecha de nacimiento del actor, señalando no constarle los demás hechos, por tratarse de circunstancias en las cuales la entidad no tuvo participación o injerencia.

En su defensa, propuso las excepciones de improcedencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen realizado por la parte demandante; prescripción; buena fe; imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

Finalmente, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** asintió la fecha de nacimiento del accionante, sosteniendo no constarle los demás hechos por tratarse de situaciones entre la demandante y otra administradora de pensiones, en los cuales no se tuvo injerencia, por lo que se atiene a lo que se pruebe en el proceso, aclarando que en lo que respecta a Protección S.A., la actora fue informada de manera objetiva e integral sobre todas las características del Régimen de Ahorro Individual en comparación con el Régimen de Prima Media.

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; innominada o genérica; 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; 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; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto; traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones; imposibilidad de declaratoria de nulidad por ser vinculación inicial al RAIS.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 4 de diciembre de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación de la señora Gloria Mercedes Blandón Díaz, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Protección S.A. y su paso posterior a la AFP Porvenir S.A.; condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos, los gastos de administración, las cuotas de los seguros provisionales y los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, igualmente, ordenó a Protección S.A., trasladar a Colpensiones, lo descontado por concepto de cuotas de administración y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima y seguros provisionales; ordenó a Colpensiones proceder con el recibo de los dineros y reflejarlos como semanas en la historia laboral de la demandante, activando la afiliación al Régimen de Prima Media y condenó en costas a Protección S.A.

1.4.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión se pronunció la apoderada de la **AFP Porvenir S.A.**, señalando que de conformidad con la consulta SIAFR, la actora no cuenta con afiliación alguna ante el Régimen de Prima Media y en tal sentido, no está llamado a prosperar lo pretendido a la luz de lo dispuesto en la sentencia SL1806 de 2022, pues si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con la administradora pensional.

Por su parte, la apoderada de **Colpensiones**, solicita se analice la imposibilidad de traslado de régimen de la pretensora, conforme lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. En igual sentido, se tenga en cuenta que los vicios del consentimiento deben ser probados y no simplemente referenciados, no encontrándose acreditado en el proceso el engaño invocado por la activa y contrario a ello, se probó que la demandante bajo sus facultades, de forma libre y espontánea, suscribió la afiliación considerando que sería más favorable pensionarse en el fondo privado, por lo que solicita, se revoque la sentencia y en caso de prosperar la ineficacia, se ordene la devolución de todos los rubros percibidos por el fondo privado.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- PROCEDENCIA DE LA CONSULTA

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 Gloria Mercedes Blandón Díaz nació el 11 de noviembre de 1961, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 22 del anexo 06 del expediente digital.
- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Protección S.A., el 15 de octubre de 1997, luego, se afilió a la AFP ING el 3 de noviembre de 1998, posteriormente a la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A., el 7 de julio de 1999 y finalmente se afilió a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 28 de abril de 2003, de conformidad con el historial de vinculaciones SIAFP visible a folio 93 del anexo 11 del expediente digital y el formulario de afiliación glosado a folios 30 del anexo 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 la afiliación efectuada por la demandante el 15 de octubre de 1997, a través de la AFP Protección S.A., adolece de ineficacia y si la misma irradia la posterior afiliación a las AFP Colpatria y Horizonte hoy Porvenir S.A.?

2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto jurídico de afiliación por el incumplimiento del deber de información de los fondos privados demandados, ineficacia que supone que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual no produce efectos jurídicos, lo que le permite a la actora afiliarse al Régimen de Prima Media, con el consecuencial

traslado de los aportes y rendimientos financieros, y de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, debidamente indexados, con cargo a cada uno de los fondos privados a los que estuvo afiliada la demandante; siendo del caso ADICIONAR el numeral segundo y CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

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 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 del 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. (SL 19447 y SL 17595 de 2017; SL 413, SL4964 y SL 4989 de 2018; SL 1452, SL1421, SL1688, SL 1689, SL3464, SL 4360 y SL4426 de 2019; SL1611 y SL 2877 de 2020; SL1442, SL3349 y SL5252 de 2021; SL1017, SL1498 y SL1637 del 11 de mayo de 2022; SL113, SL178, SL397, SL 932 y SL1084 del 2023, entre otras)

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto, se tiene por establecido que la señora Gloria Mercedes Blandón Díaz se afilió al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., el 15 de octubre de 1997, constituyéndose esta en la afiliación inicial al sistema pensional. luego, se afilió a la AFP ING el 3 de noviembre de 1998, posteriormente a la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A., el 7 de julio de 1999 y finalmente se afilió a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 28 de abril de 2003, de conformidad con el historial de vinculaciones SIAFP visible a folio 93 del anexo 11 del expediente digital y el formulario de afiliación glosado a folios 30 del anexo 01.

Advirtiendo la Sala, que no obra en el plenario el formulario de afiliación a la AFP Protección S.A., que se hubiera suscrito el 15 de octubre de 1997 y con el

cual se efectuó dicha afiliación inicial, obrado únicamente el formulario de la AFP Horizonte, no obstante, el referido documento no da 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 *“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); y es por ello que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad informada en la afiliación inicial al Régimen de Ahorro Individual, ni de los traslados horizontales efectuados en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado a la gestora del proceso, la misma indicó no recordar la información que le brindó Porvenir S.A, al momento del traslado, y, respecto de la afiliación a Protección S.A., refirió que trabajaba en la cárcel de menores con Bienestar Familiar y en el Colegio de Trabajo San José, fueron los asesores de Protección S.A., que en ese momento estaban muy ocupados y no recuerda la razón por la cual todos sus compañeros y ella se pasaron de Horizontes a Protección S.A., afirmando que decidió afiliarse sin saber que las condiciones le iban a cambiar de una manera tan radical, lo cierto del caso, narrativa de la cual no se deriva prueba de confesión.

Corolario de lo anterior, es claro para la Sala que, si bien la pretensora se afilió al Régimen de Ahorro Individual de forma libre y voluntaria, no se acredita que dicha decisión hubiera estado antecedida de una adecuada asesoría, ni que se le hubiera suministrado la información clara, completa y comprensible la escogencia de dicho régimen, 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, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que la AFP Protección S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la

decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones de la afiliación, tal y como lo reclama la pretensora, obligación que tampoco se acredita hubiera sido cumplida por la AFP Porvenir S.A., en otrora Colpatria y Horizonte.

Se destaca igualmente, que el hecho de que la afiliada haya realizado diversos traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual no comporta establecer el cumplimiento del deber de información de las administradoras, así como tampoco puede inferirse la voluntad de permanecer en el régimen pensional o la convalidación de la afiliación, tal y como lo ha sostenido el órgano de cierre de la jurisdicción laboral en sentencias como la SL 4205 de 2022.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que la AFP Protección S.A., brindó a la demandante al momento de efectuarse la afiliación, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de tal afiliación, sin que sea imposibilidad para ello que la accionante se encuentre inmersa en la prohibición contemplada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, como lo refiere la apoderada de Colpensiones E.I.C.E., en tanto que, el retorno de la misma al Régimen de Prima Media se da como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual.

Afiliación Inicial

Si bien es cierto la a quo dio al proceso el tratamiento de una ineficacia de traslado, se constata en esta instancia, tal y como se plasmó en líneas anteriores, que la afiliación de la promotora del proceso a Protección S.A., corresponde a la afiliación inicial al sistema pensional, pues no acreditó la parte actora que con anterioridad al 15 de octubre de 1997 hubiera pertenecido al Régimen de Prima Media, pues pese a que la funcionaria de primera instancia indicó que de la prueba aportada, especialmente del documento visible a folios 31 y 640 del expediente digital, se tiene que la señora Blandón Díaz, comenzó a efectuar aportes al sistema desde el 7 de septiembre de 1988 a través de los empleadores

Las Papas, Marco A Roldan y Formas Intimas, aportes que debe entenderse se realizaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, verificada tal documental, se evidencia que la información corresponde a una persona diferente a la señora Blandón Días.

Pese a lo anterior, 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 no desconoce que en las sentencias SL4211 de 2021, SL1806 de 2022, SL1395, SL1377, SL1696, SL1857, SL2702, SL2816 y SL 3020 de 2023, la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido iteradamente que *“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”*, empero esta Sala, mayoritariamente, 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 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 de la señora Gloria Mercedes Blandón Díaz retorne a su estado anterior, siendo claro que la misma, antes del 15 de octubre de 1997 no se encontraba afiliada 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 3° de la Ley 797 de 2003, la afiliación al Sistema General de Pensiones es obligatoria cuando existe una relación laboral, esta colegiatura entiende, que al ser ineficaz la vinculación inicial al RAIS solo puede entenderse afiliada al Régimen de Prima Media, administrado por Colpensiones E.I.C.E., tal como lo solicita en sede judicial.

De los efectos de la ineficacia

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 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 de la actora.

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 las administradoras del fondo privado accionadas, 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 la AFP Porvenir S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación de la actora, por lo tanto,

deben 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 de la afiliación 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.”

En la misma oportunidad la alta Corporación se pronunció en torno a la procedencia de extender la obligación de devolución a todas las AFP a las que hubiere estado vinculado el afiliado en el sentido de indicar que

“... los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión”.

De otra parte, se relleva que 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, 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 de la pretensora, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, 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 las AFP demandadas y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

De la indexación

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 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 cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP, como un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera

de Colpensiones E.I.C.E., razón por la cual se torna procedente **ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de ordenar a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A., indexar las sumas a trasladar por concepto de gastos de administración, primas del seguro provisional y aportes para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, siendo que los mismos no se capitalizaron.

Sin costas en esta instancia por haberse revisado el fallo de primera instancia 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 **ADICIONA** el numeral segundo de la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2023 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por la señora Gloria Mercedes Blandón Díaz contra las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, en el sentido de ordenar a la AFP Protección S.A. y Porvenir S.A., indexar las sumas a trasladar por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

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

3.- Sin costas en esta instancia.

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

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,

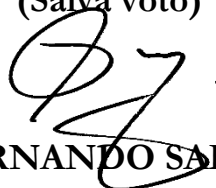


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE



LUZ PATRICIA CALLE QUINTERO

(Salva 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