

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - Nace como fruto del análisis de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto esta determinó que muchas personas en el país se trasladaron de un régimen a otro sin que haya existido una suficiente información por parte de la administradora de pensiones, provocando pérdida de sus derechos pensionales más beneficiosos. /

HECHOS: El demandante pretende se declare la ineficacia o subsidiariamente la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se ordene la reactivación al Régimen de Prima Media y se ordene el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones con sus rendimientos.(...) Debe determinar la Sala: Si la sentencia objeto de apelación y consulta proferida en el proceso de la referencia se encuentra ajustada a derecho, efecto para el que habrá que determinar si la afiliación efectuada por el señor Jairo León Gaviria Osorno desde el Régimen de Prima Media hacía el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., es ineficaz.

TESIS: 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; entre muchas otras.(...) Por otro lado destacando que en el plenario solo reposa el formulario de afiliación a Horizonte S.A., no obstante, se recuerda que los formularios 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 informada del traslado de régimen pensional, ni del traslado horizontal en el Régimen de Ahorro Individual, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.(...) 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.” 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 cubija 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".

M.P. SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

FECHA: 24/01/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

ACLARACIÓN DE VOTO: LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-014-2022-00443-01
Demandante: Jairo León Gaviria Osorno
Demandado: AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A., y
Colpensiones E.I.C.E.
Asunto: Apelación y consulta de sentencia
Procedencia: Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación al RAIS

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 RONDÓN y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE como magistrada sustanciadora, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y aprobado el proyecto propuesto por la ponente, procede a decidir los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de Colpensiones E.I.C.E., e impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2023 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor Jairo León Gaviria Osorno contra las AFP Porvenir

S.A., Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-014-2022-00443-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Jairo León Gaviria Osorno convocó a juicio a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A., y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la ineficacia o subsidiariamente la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se ordene la reactivación al Régimen de Prima Media y se ordene el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones con sus rendimientos. En caso de que el proceso perdure hasta el momento en que cause el derecho a la pensión, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la mesada pensional.

En respaldo de tales pedimentos, se expuso en síntesis que el señor Jairo León Gaviria Osorno, nació el 30 de mayo de 1958, que estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, luego pasó a la AFP Protección S.A., en julio de 1997 y posteriormente a la AFP Porvenir S.A., en marzo de 2010.

Se agregó que los asesores de la AFP Porvenir S.A., no le brindaron al actor la información debida acerca de las graves consecuencias del traslado y solo le manifestaron que en el fondo privado se pensionaría mejor, antes de la edad exigida y que el ISS iba a ser liquidado, sin entregar información adicional consistente en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual con el fin de obtener una pensión anticipada y que nunca se le realizó re asesorías.

1.2.- CONTESTACIÓN

Al replicar la demanda, la **AFP PORVENIR S.A.**, indicó no constarle las afiliaciones del demandante ante Colpensiones y Protección S.A., afirmando que

no es cierto en los términos en que se presentó lo referido a la vinculación del demandante a Horizonte el 11 de febrero de 2000, pues contrario a lo afirmado la entidad le brindó la información clara, suficiente y veraz, acorde a los datos suministrados por el accionante, en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha del traslado, explicando las características, ventajas y desventajas por lo que el pretensor conoció las implicaciones y consecuencias de su decisión, suscribiendo el formulario de afiliación de forma libre, voluntaria e informada.

Con el fin de enervar el éxito de las pretensiones formuló las excepciones de prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; buena fe y compensación.

Por su parte, **COLPENSIONES E.I.C.E.** admitió como cierta la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS y el posterior traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, señalando que no le constan las demás afirmaciones, por tratarse de circunstancias ajenas al conocimiento de la entidad, razón por la cual no le corresponde afirmar o negar.

Manifestó oposición a las pretensiones y formuló las excepciones de carga dinámica de la prueba: particularidades del caso; inoponibilidad por ser tercero de buena fe; improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación; improcedencia de intereses moratorios; improcedencia de la indexación de las condenas; prescripción; devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados; buena fe e improcedencia de condena en costas.

Finalmente, la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, sostuvo que es cierto el traslado de régimen el 30 de junio de 1995, insistiendo que al actor el asesor de la entidad si le informó cuales podrían ser las implicaciones del traslado, además le indicó las características del Régimen de Ahorro Individual y las diferencias con el Régimen

de Prima Media, brindando una asesoría clara, completa, comprensible, veraz y profesional, sin que se haya faltado al deber profesional.

En su defensa, propuso 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; traslado de aportes a Porvenir S.A, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración 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; prescripción y la innominada o genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 4 de octubre de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación del señor Jairo León Gaviria Osorno al Régimen de Ahorro Individual administrado inicialmente por Protección S.A., así como el traslado posterior hacía Horizontes Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A.; condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar con destino a Colpensiones, el valor de los gastos de administración que conllevan a lo pagado por seguros previsionales y garantía de pensión mínima, entre el 01 de julio de 1995 y el 31 de marzo de 2022; condenó a la AFP Porvenir S.A., a trasladar con destino a Colpensiones, el valor de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo los rendimientos financieros y las comisiones de administración, que incluyen lo pagado por seguro previsional y garantía de pensión mínima a partir del 01 de abril de 2000; ordenó a Colpensiones que reactive la afiliación del señor Gaviria Osorno al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad, a partir del 30 de junio de 1995, incluyendo en su historia laboral las semanas cotizadas en las diversas administradoras del Régimen de Ahorro Individual; declaró la falta de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, en relación con la pretensión

dirigida al reconocimiento de la pensión de vejez y condenó en costas a Protección S.A. y Porvenir S.A.

1.4.- RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **Colpensiones E.I.C.E.**, interpuso el recurso de apelación parcial, señalando que en relación a la ineficacia de la afiliación Colpensiones es un tercero ajeno al negocio jurídico, ya que el demandante realizó su afiliación al fondo de pensiones a través de un acto libre y voluntario en el cual Colpensiones no tuvo injerencia, en esa medida solicita que conforme a las sentencias SL4934, SL4889 de 2018, SL1421 y SL6888 de 2019 se ordene a Protección S.A. y Porvenir S.A, que además de los rendimientos, aportes y los valores que deben trasladar, se realice debidamente indexada.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos el apoderado de **Colpensiones E.I.C.E.**, indicó que en la sentencia no se tuvo en consideración las implicaciones económicas y administrativas que representa la orden a Colpensiones de recibir a los afiliados, las cuales quebrantan el principio de sostenibilidad financiera, reiterando que la entidad no participó en la celebración del contrato de afiliación, considerando que dicha afiliación es válida, en tanto que no se acreditó el engaño aducido por la parte, careciendo de viabilidad la ineficacia invocada, por lo que solicita se revoque la sentencia.

En el evento de que se considere procedente la teoría de la ineficacia, insiste en que se modifique el fallo, en el sentido de ordenar a las AFP la indexación de los conceptos correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sean debidamente indexados.

Por su parte el apoderado del **actor** sostuvo que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado, conforme a la jurisprudencia pacífica y sin reparos, tal y como se ordenó en el fallo apelado.

Finalmente, la apoderada de la **AFP Provenir S.A.**, solicitó se confirme la sentencia, especialmente el numeral tercero, respecto del traslado de las cuotas de administración, las sumas de seguro provisional y los saldos del fondo de garantía de pensión mínima, sin ordenar la indexación de los mismos, teniendo en cuenta que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, además el detrimento que se busca remediar con la indexación se resarciría con los rendimientos financieros que se generaron debido a la buena gestión que la entidad hizo de los recursos.

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 **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 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 Jairo León Gaviria Osorno nació el 30 de mayo de 1958, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 6 del anexo 04 del expediente digital.
- Que el actor se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto ISS, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección S.A., el 30 de junio de 1995, posteriormente, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 11 de febrero de 2000, de conformidad con el historial de vinculaciones SIAFP visible a folio 63 del anexo 13 y el formulario de afiliación obrante a folios 5 del anexo 04 del expediente digital.
- Que el accionante acredita un total de 1770 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral generada por la AFP Porvenir S.A., obrante a folios 38 a 47 del anexo 13 del expediente digital.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si la sentencia objeto de apelación y consulta proferida en el proceso de la referencia se encuentra ajustada a derecho, efecto para el que habrá que determinar si la afiliación efectuada por el señor Jairo León Gaviria Osorno desde el Régimen de Prima Media hacía el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., es ineficaz y si la misma irradia la posterior afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.?

En caso afirmativo habrá que establecer ¿si debe ordenarse a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A., además del traslado de las cotizaciones, y los rendimientos financieros, la devolución de las comisiones de administración, los aportes al

Fondo de Garantía Mínima y las primas del seguro previsional, debidamente indexados, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia?

2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto jurídico de traslado 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 al afiliado retornar al Régimen de Prima Media, con el consecuencial traslado de los aportes y rendimientos financieros, y de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, debidamente indexados, con cargo a cada uno de los fondos privados a los que estuvo afiliado el demandante; siendo del caso ADICIONAR y CONFIRMAR la sentencia confutada.

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 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 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, SL 932 del 15 de marzo de 2023 y SL1084 del 22 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 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 el señor Jairo León Gaviria Osorno se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto ISS, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección S.A., el 30 de junio de 1995, y posteriormente, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 11 de febrero de 2000, de conformidad con el historial de vinculaciones SIAFP visible a folio 63 del anexo 13 y el formulario de afiliación obrante a folios 5 del anexo 04 del expediente digital.

Destacando que en el plenario solo reposa el formulario de afiliación a Horizonte S.A., no obstante, se recuerda que los formularios 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 informada del traslado de régimen pensional, ni del traslado horizontal en el Régimen de Ahorro Individual, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado al demandante no se deriva prueba de confesión, pues el mismo señaló que en el año 1993 -, 1994 cambio el régimen de la empresa en la que laboraba que era de orden departamental cambio al régimen privado por acciones y por ese cambio les exigieron que se debían afiliarse a un fondo de pensiones, explicó que llegaron de todos los fondos a ofrecer una cantidad de cosas, entre ellos una jubilación a los 50 años, mejor y como la empresa estaba exigiendo la afiliación a un fondo le tocó pasarse a Protección S.A., afirmando que no le hablaron de la cuenta de ahorro individual, no le dijeron que pasaría con las semanas que tenía cotizadas con anterioridad, no le informaron que pasaría con los aportes en caso de fallecimiento, ni de heredabilidad, desconociendo que la pensión dependería del capital ahorrado en la cuenta de ahorros, agregó que el traslado a Horizonte en el año 2000, se dio porque cuando laboraba en Edatel iba una asesora de Horizonte todos los días a ofrecer cosas, prácticamente lo mismo que le había ofrecido Protección S.A., pero hizo el cambio porque Horizontes era del BBVA que tenía sucursal en el mismo edificio en el que trabajaba, entonces le quedaba mejor para hacer cualquier trámite.

Corolario de lo anterior, es claro para la Sala que, si bien el pretensor se trasladó de forma libre y voluntaria, pues nada se probó en relación a que el empleador hubiera ejercido algún tipo de presión, ello lo hizo sin haber recibido la información clara, completa y comprensible para el cambio de régimen, sin conocer las características ni el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, las consecuencias del traslado, ni los riesgos o desventajas que podría

traerle dicho régimen pensional, así como tampoco se le informó sobre las características del Régimen de Prima Media.

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; obligación que tampoco se acreditó fuera cumplida por la AFP Porvenir S.A.

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 actor al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no es posible una decisión distinta a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional, declaratoria que irradia o se hace extensiva a su pretérita afiliación a la AFP Porvenir S.A.

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 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 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 Provenir S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del actor, 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 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.”

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 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, 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 las AFP demandadas y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

De la indexación

Atendiendo el reparo formulado por la apoderada de Colpensiones E.I.C.E., 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 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 efecto inherente a la declaratoria

de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones E.I.C.E. y mantener la integridad de los valores descontados, razón por la cual encuentra prosperidad el recurso de alzada, siendo procedente ADICIONAR los numerales segundo y tercero 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 en atención a la prosperidad del recurso impetrado por 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 y tercero de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2023 por el Juzgado Catorce Laboral de Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por el señor Jairo León Gaviria Osorno contra las AFP Porvenir S.A., Protección S.A., y Colpensiones E.I.C.E., 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 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.

Los Magistrados,

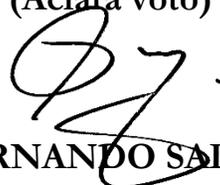


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE



LUZ PATRICIA CALLE QUINTERO

(Aclara voto)



DIEGO FERNANDO SALAS RONDON

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado

Aunque acojo la decisión de la Sala, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, 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 providencias 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, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, 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, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral de la Alta Corporación (entre muchas, la providencia CSJ STL3201-2020), en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, (que la suscrita integraba) a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga; bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada