

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO DE AFP - 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. / **DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS AFP** - corresponde 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. / **DIFERENCIA ENTRE EL AHORRO Y LA COTIZACIÓN EN EL RAIS** - cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento al deber de información. / **INDEXACIÓN** - efecto inherente a la declaratoria de ineficacia.

HECHOS: se declaró la ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual, y de las demás afiliaciones que el actor hubiere realizado entre las administradoras de dicho régimen; se ordenó a las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A., remitir a Colpensiones E.I.C.E., gastos de administración, seguros previsionales y reaseguros, y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, causados durante la vigencia de cada afiliación; ordenó a Colpensiones E.I.C.E. permitir la afiliación del pretensor al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, actualizar su histórico laboral de aportes, y recibir los valores provenientes del Régimen de Ahorro Individual. La apoderada judicial de la AFP Colfondos S.A. interpuso el recurso de alzada en procura de que se revoquen las condenas impuestas a su representada, sustentando que los conceptos que se le ordenaron devolver fueron descontados de la cotización del actor para cubrir al afiliado de las contingencias de la invalidez y la muerte; y que, en todo caso, la afiliación del actor del demandante al Régimen de Ahorro Individual, y los traslados que efectuó entre las administradoras del mismo, son válidas, por no haberse acreditado vicios en el consentimiento.

TESIS: 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. (...). 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 (...). (...) 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. (...) del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad o consentimiento informado del demandante para asentir el traslado de régimen pensional, ni los traslados horizontales que realizó en el Régimen de Ahorro Individual (...). (...) ante la ausencia de medios demostrativos que den cuenta de la información que la AFP Colmena S.A, hoy AFP Protección S.A. le brindó al demandante 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 las demás administradoras del Régimen de Ahorro Individual a las que estuvo vinculado. (...). La ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima (...) 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. (...). Los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento al deber de información. (...) la indexación de los descuentos objeto de devolución, (...) es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones

M.P. SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

FECHA: 30/01/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-004-2019-00299-01
Demandante: Pedro Nolasco Martínez Renals
Demandadas: AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y
Colpensiones E.I.C.E.
Litis Pasiva: AFP Colfondos S.A.
Asunto: Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia: Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia de la afiliación y/o traslado al
Régimen de Ahorro Individual

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 RONDON y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, como magistrada ponente, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, una vez aprobado el proyecto de fallo, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP Colfondos S.A. e impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., respecto de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso

ordinario laboral promovido por Pedro Nolasco Martínez Renals contra las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., y en el que se integró el contradictorio con la AFP Colfondos S.A., como litisconsorte necesaria por pasiva conocido con el Radicado 05001-31-05-004-2019-00299-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Pedro Nolasco Martínez Renals convocó a juicio a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la nulidad, ineficacia o inexistencia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual; se declare la nulidad, ineficacia o inexistencia de cualquier reconocimiento prestaciones derivado de la afiliación a dicho régimen; se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar al Régimen de Prima Media el valor de los aportes que hubiere recibido; se ordene a Colpensiones E.I.C.E. recibirlo como afiliado sin solución de continuidad, recaudar los aportes provenientes del Régimen de Ahorro Individual, y consolidar las semanas cotizadas en toda la vida laboral; se condene a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales; y se condene en costas a las entidades demandadas.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que el señor Pedro Nolasco Martínez Renals nació el 14 de febrero de 1996; laboraba al servicio del Departamento de Córdoba, sin cotizaciones al ISS, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, se trasladó a la AFP Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A., en marzo de 1995, y se afilió a la AFP Porvenir S.A. en febrero de 1996 sin que los promotores de aquellos fondos privados le brindaran una asesoría técnica y adecuada sobre las características del Régimen de Prima Media ni el Régimen de Ahorro Individual, ni los requisitos que debía acreditar para acceder a la pensión de vejez en cada régimen, ni el derecho que le asistía a retractarse del traslado, ni la prohibición de cambiar de régimen cuando le

faltaran 10 años para cumplir la edad mínima de pensión (págs.05-14, doc.01, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado judicial legalmente constituido, la **AFP Protección S.A.** admitió que el señor Pedro Nolasco Martínez Renals nació el 14 de febrero de 1966, y se afilió a la AFP Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A., el 27 de marzo de 1995; sin embargo, aseveró que sus asesores le brindaron al demandante e información amplia, adecuada, suficiente, clara, comprensible, precisa, detallada, objetiva e integral respecto de las características propias de cada régimen pensional, para que, teniendo en cuenta sus condiciones personales, seleccionara de manera libre e informada el que más le conviniera; y que aunque el actor tuvo la oportunidad de regresar al Régimen de Prima Media dejó vencer el término establecido para ello, ratificándose en su decisión de permanecer afiliado al Régimen de Ahorro Individual.

De consiguiente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y de mérito excepcionó la inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración; prescripción; falta del juramento estimatorio de los perjuicios; y la excepción genérica o innominada (págs.117-163, doc.01, carp.01).

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.** asintió que el señor Pedro Nolasco Martínez Renals nació el 14 de febrero de 1966, y se afilió a la entidad el 10 de febrero de 1996, proveniente de la AFP Colfondos S.A., hoy AFP Protección S.A., y se afilió a la AFP Horizonte S.A, hoy AFP Porvenir S.A., el 14 de abril de 1998, sin embargo, aseveró que en ambas oportunidades al actor le fueron explicadas las características de ambos regímenes pensionales, y las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez en cada uno de ellos quien una vez recibida la

correspondiente asesoría, optó de manera libre, voluntaria y sin presiones, por continuar afiliado al Régimen de Ahorro Individual.

Así las cosas, resistió el éxito de las pretensiones excepcionando la falta de causa para pedir; buena fe; inexistencia de las obligaciones demandadas; prescripción; prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación; ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada; y ausencia de prueba efectiva del daño – inexistencia del daño alegado (págs.231-276, doc.01, carp.01).

A su turno, **Colpensiones E.I.C.E.** dijo que no le constaba ninguno de los hechos de enunciado en la demanda, y se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que la entidad ha obrado conforme a los preceptos legales que rigen la materia, y que el señor Pedro Nolasco Martínez se encuentra a menos de diez (10) años de la edad para acceder a la pensión de vejez. Consecuentemente propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación de aceptar el traslado de régimen pensional; falta de causa para demandar; presunción de legalidad de los actos jurídicos; prescripción; compensación: y buena fe (doc.05, carp.01).

Finalmente, la **AFP Colfondos S.A.** sostuvo que no le constaban los hechos de la demanda; sin embargo, aseveró que el señor Pedro Nolasco Martínez Renals se afilió a la entidad el 28 de agosto de 1995, después de haber recibido asesoría integral y completa sobre el Sistema General de Pensiones. De consiguiente, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual; ratificación de la afiliación al fondo de pensiones administrado por Colfondos; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago; y la excepción innominada o genérica (doc.11, carp.01).

1.5.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 11 de diciembre de 2023, declaró la ineficacia del traslado del señor Pedro Nolasco Martínez Renals al Régimen de Ahorro Individual, y de las demás afiliaciones que el actor hubiere realizado entre las administradoras de dicho régimen; ordenó a la AFP Porvenir S.A. retornar al Régimen de Prima Media, a satisfacción y equivalencia de Colpensiones E.I.C.E., los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como, cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y reaseguros, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima; ordenó a las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A., remitir a Colpensiones E.I.C.E., gastos de administración, seguros previsionales y reaseguros, y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, causados durante la vigencia de cada afiliación; ordenó a Colpensiones E.I.C.E. permitir la afiliación del pretensor al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, actualizar su histórico laboral de aportes, y recibir los valores provenientes del Régimen de Ahorro Individual; negó el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales deprecados; desestimó las excepciones de mérito propuestas por la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E.; y condenó en costas a las AFP Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A., en favor del demandante (desde el minuto 02:13:00, doc.22, carp.01).

1.6.- RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **AFP Colfondos S.A.** interpuso el recurso de alzada en procura de que se revoquen las condenas impuestas a su representada, sustentando que los conceptos que se le ordenaron devolver fueron descontados de la cotización del actor para cubrir al afiliado de las contingencias de la invalidez y la muerte, por lo que su devolución constituye un enriquecimiento sin justa causa para el afiliado y la administradora del Régimen de Prima Media; y que, en todo caso, la afiliación del actor del demandante al Régimen de Ahorro Individual, y los traslados que efectuó entre las administradores del mismo, son

válidas, por no haberse acreditado vicios en el consentimiento (desde el minuto 02:20:25, doc.22, carp.01).

1.7.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, el apoderado judicial de **la AFP Colfondos S.A.**, manifestó que el negocio jurídico celebrado con la demandante no está viciado de nulidad; que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no prevé la ineficacia que consagran los artículos 1740 y siguientes del Código Civil, sino la imposición de una multa administrativa; que el formulario de afiliación suscrito por la actora se presume auténtico, no fue tachado de falso, y además contiene la declaración de selección libre, espontánea y sin presiones; y que la demandante ratificó su voluntad de afiliación al Régimen de Ahorro Individual, con su permanencia incuestionada en el mismo.

Adicionalmente indicó que de conformidad con lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, debían garantizarse las restituciones mutuas, y por ello era improcedente ordenar el traslado de las cuotas de administración y las primas del seguro previsional, siendo que al mismo tiempo se dispuso el traslado de los rendimientos financieros, los cuales además mantienen actualizados el valor de los aportes, evitando que sean afectados por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda (doc.03, carp.01).

A su turno, la vocera judicial de la **AFP Porvenir S.A.** solicitó que se modifique la sentencia de primera instancia, respecto de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante a la entidad, sosteniendo que la misma es el resultado de un traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, y no corresponde a un traslado de régimen pensional; y que los actos de relacionamiento ejecutados por el actor entre las administradoras del Régimen de Ahorro Individual ratifican su intención de permanecer afiliado al mismo (doc.04, carp.01)

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

La competencia de esta Corporación está dada por los puntos que fueron objeto de apelación por la **AFP Colfondos S.A.**, entendiéndose 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.

En virtud de ello, el disenso sobre la declaratoria de ineficacia planteado por la poderhabiente judicial de la **AFP Porvenir S.A.** será desestimado por extemporáneo, en la medida en que solo fue incoado en los alegatos de conclusión de la segunda instancia, esto es, porque no fue formulada en la etapa procesal correspondiente, y en la cual manifestó “... *sin recursos señor juez*” (desde el minuto 02:20:10, doc.22, carp.01).

De otra parte, 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 Pedro Nolasco Martínez Renals nació el 14 de febrero de 1966 (pág.43, doc.01, carp.01), y se trasladó a la AFP Colmena S.A., hoy AFP

Protección S.A., proveniente del Régimen de Prima Media, en la fecha 27 de marzo de 1995 (págs.187-189, doc.01, carp.01).

- Que se afilió a la AFP Colfondos S.A. el 28 de agosto de 1995, aunque fue “*cedido por conciliación*” a la AFP Porvenir S.A. (pág.282, doc.01, carp.01); se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 10 de febrero de 1996 (pág.278, doc.01, carp.01); y finalmente se afilió a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., el 14 de abril de 1998 (pág.280, doc.01, carp.01).

- Que para el 18 de junio de 2018 contaba con 1.047 semanas cotizadas (págs.44-72, doc.01, carp.01), y para el 06 de agosto de 2019 tenía \$353.769.060 acumulados en su cuenta de ahorro individual (págs.292-311, doc.01, carp.01).

- Que el 30 de octubre de 2018 la AFP Porvenir S.A. proyectó que a los 62 años de edad se pensionaría con una mesada de \$2.450.100, mientras que en el Régimen de Prima Media habría causado una mesada de \$5.402.600 (págs.37-43, doc.01, carp.01).

- Que el 15 de febrero de 2019 le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. autorizar su retorno al Régimen de Prima Media (págs.16-18, doc.01, carp.01), petición que fue rechazada en la misma fecha porque se encontraba a diez (10) años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (págs.43-45, doc.05, carp.01).

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si la sentencia proferida en el proceso de la referencia se encuentra ajustada a derecho, efecto para el que habrá que determinar si el traslado efectuado por el señor Luís Alejandro Cabrera Ávila desde el Régimen de Prima Media hacia el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Colmena S.A., en la fecha 27 de marzo de 1995, adolece de ineficacia; y si la misma irradia su posterior

afiliación a la AFP Colfondos S.A., en la fecha 28 de agosto de 1995, a la AFP Porvenir S.A., en la fecha 10 de febrero de 1996, y a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., en la fecha 14 de abril de 1998?

En caso afirmativo, se establecerá ¿Si debe ordenarse a las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A., además del traslado de las cotizaciones y los rendimientos financieros, la devolución indexada, y con cargo a su propio patrimonio, de las comisiones de administración, los aportes al fondo de garantía mínima, ¿y las primas del seguro previsional que fueron descontadas durante los periodos de afiliación del actor, como consecuencia de la ineficacia?

2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto jurídico de traslado por el incumplimiento del deber de información, y de forma consecuencial, debe ordenarse el traslado, no solo de los aportes y los rendimientos financieros, sino también la devolución indexada, con cargo al patrimonio del fondo privado, de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria.

Consecuentemente, se **adicionar**á la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar la indexación de las sumas a trasladar por cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; y se **confirmar**á en todo lo demás.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la Ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el Régimen de Prima Media, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público, y el Régimen de Ahorro

Individual administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado (artículo 12).

El Régimen de Prima Media está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la libertad de selección de régimen como característica del Sistema General de Pensiones de la siguiente manera “... *la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley*”.

A su vez, el artículo 271 ibídem establece que: “*El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del*

trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, Decreto 663 de 1993, el artículo 4º del Decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el Decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular de la afiliada, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia de la afiliación inicial o el traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al

afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del 03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020; SL SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021, SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022, SL1637 del 11 de mayo de 2022 y más recientemente en las sentencias, SL113 del 31 de enero de 2023, SL178 del 07 de febrero de 2023, SL397 del 01 de marzo de 2023, entre muchas otras.

De acuerdo con la *ratio 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 subreglas 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,
- 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 se tiene por establecido que el señor Pedro Nolasco Martínez Renals se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A., en la fecha 27 de marzo de 1995, y posteriormente se trasladó a la AFP Colfondos S.A., en la fecha 28 de agosto de 1995, a la AFP Porvenir S.A., en la fecha 10 de febrero de 1996, y a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., en la fecha 14 de abril de 1998, según se extrae de los formularios de afiliación y del certificado de afiliaciones SIAFP incorporados al plenario.

No obstante, los referidos documentos no dan cuenta de la información brindada al accionante, previo a que se surtiera el acto jurídico del traslado, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se sufre con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); y por lo que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad o consentimiento informado del demandante para asentir el traslado de régimen pensional, ni los traslados horizontales que realizó 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, en tanto que el mismo indicó la oficina de recursos humanos de la empresa para la que trabajaba fue la que lo trasladó a la AFP Colmena S.A. en el año 1995; que en ningún momento interactuó con los asesores de aquel fondo privado; que se trasladó a la AFP Colfondos S.A., en el año 1995, a la AFP Porvenir S.A. en el año 1996, y a la AFP Horizonte S.A. en el año 1998 porque su empleador le entregó en cada momento el correspondiente formulario de afiliación, sin ninguna mediación de los fondos privados; que en una reunión del sindicato se enteró que la pensión era más rentable en el fondo público que en los fondos privados; que entiende que los requisitos para pensionarse, incluso en

el Régimen de Ahorro Individual, son 1.300 semanas y 62 años de edad; y que desea trasladarse a Colpensiones E.I.C.E. por el monto de la mesada, pero ya tenía 54 años cuando solicitó el retorno (desde el minuto 00:38:30, doc.22, carp.01).

De lo anterior, es claro que, si bien el gestor del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido información clara, completa y comprensible al respecto, sin conocer las características ni el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, o consecuencias del traslado, ni las desventajas de dicho régimen pensional, así como tampoco conocía del Régimen de Prima Media; máxime si se tiene en cuenta que aquel advirtió que para ninguna afiliación recibió acompañamiento ni asesoría por parte de los asesores de los fondos privados, y que obtuvo los formularios de afiliación directamente de sus empleadores.

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 Colmena S.A., hoy 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 las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A., ni Horizonte S.A., hoy 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 Colmena S.A, hoy AFP Protección S.A. le brindó al señor Pedro Nolasco Martínez Renals 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 las demás administradoras del Régimen de Ahorro Individual a las que estuvo vinculado.

Consecuentemente, la sentencia apelada y consultada será confirmada en cuanto declaró la ineficacia de la afiliación del señor Pedro Nolasco Martínez Renals al Régimen de Ahorro Individual, debiéndose entender para todos los efectos que siempre ha permanecido afiliado al Régimen de Prima media.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional

La ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización 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 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 sublite, 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”.

Y similar postura se sostuvo en la sentencia SL 3034 de 2021:

“Resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para denegar prosperidad a la alzada y al surtir el grado jurisdiccional de consulta, se advierte que el restablecimiento pleno o completo, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos de la sentencia CSJ SL2877-2020, requiere especificar y detallar algunas de las condenas impartidas por el a quo, razón por la cual se procederá a CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2018, precisando y adicionando el ordinal segundo en el sentido de que Old Mutual SA, además, deberá trasladar a Colpensiones, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que el accionante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

De manera particular, se 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 con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento al deber de información.

Ahora, en cuanto a las primas de los seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del pretensor, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas, conforme al artículo 963 del Código Civil, y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Finalmente, cumple memorar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adoctrinado que la indexación de los descuentos objeto de devolución, como lo son las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP, es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones, razón por la cual resulta procedente la condena por este concepto.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto dispuso el traslado de los aportes y rendimientos financieros, así como la devolución de las cuotas de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y las primas del seguro previsional que afectaron el valor de la cotización, con cargo a los recursos de la AFP Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A., la AFP Colfondos S.A., la AFP Porvenir S.A., y la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., respecto de cada periodo de afiliación; sin embargo, será adicionada en el sentido de ordenar la indexación de los conceptos que fueron descontados de la cotización.

Y aunque es cierto que la referida corrección monetaria no fue peticionada, cumple recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SL359-2021, rectificó su postura, y precisó que el juez del trabajo “... tiene la obligación de imponer una condena que ponga al perjudicado en la situación más cercana al supuesto en que se hallaría de no haberse producido el menoscabo [...]. Debe insistirse en que la indexación no aumenta o incrementa las condenas, sino, más bien, garantiza el pago completo e íntegro de la obligación. Sin la indexación, las condenas serían deficitarias y el deudor recibiría un menor valor del que en realidad se le adeuda” (CSJ SL359-2021).

De la condena en costas

El numeral 1° del artículo 356 del Código General del Proceso prevé

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”.

En vista de ello, las costas de esta instancia a cargo de la AFP Colfondos S.A., por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto; se

fijan como agencias en derecho en favor del señor Pedro Nolasco Martínez Renals la suma de \$1.300.000 que corresponde a un (1) SMLMV, conforme a lo reglamentado por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016.

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 **ADICIONAN** los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Pedro Nolasco Martínez Renals contra las AFP Colfondos S.A. Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones S.A., en el sentido de ordenar a las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A., la indexación de las sumas que se les ordenó trasladar por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

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

5.- Costas en esta instancia a cargo de la AFP Colfondos S.A.; se fijan las agencias en derecho en favor de Pedro Nolasco Martínez Renals en la suma de \$1.300.000

6.- 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