

TEMA: INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL – ocurre cuando las administradoras pensionales, incumplen su deber permanente e ineludible de información a los usuarios. / **CARGA DE LA PRUEBA** - del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad o consentimiento informado del demandante, 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. / **DECLARATORIA DE INEFICACIA** - supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido.

HECHOS: se declaró la ineficacia de la afiliación inicial del demandante, al Régimen de Ahorro Individual y que éste se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media; se condenó a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones completas, los rendimientos financieros y el valor de los bonos pensionales, y a reembolsar el valor de los descuentos que realizó para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos o cuotas de administración y primas de seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos; se condenó en costas a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., en favor del demandante. La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. interpuso el recurso de alzada en procura de que se absuelva a su representada de la devolución indexada de los rubros ordenados, y la condena en costas.

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 (...). (...) hay un 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 el 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. (...) del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad o consentimiento informado del demandante para asentir el traslado de régimen pensional, ni el traslado horizontal en el Régimen de Ahorro Individual, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. (...) si bien el gestor del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información clara, completa y comprensible al respecto, sin conocer las características ni el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, las consecuencias del traslado, ni las desventajas de podría traerle dicho régimen pensional, así como tampoco conocía las reglas del Régimen de Prima Media. (...) ante la ausencia de medios demostrativos que den cuenta de la información que la AFP Porvenir S.A., otrora AFP Horizonte 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 Protección S.A. (...) en el presente caso, la declaratoria de ineficacia recae sobre acto jurídico de traslado de régimen pensional y no sobre la afiliación inicial. 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. (...). La sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto dispuso el traslado de los aportes y rendimientos financieros, y la devolución indexada, y con cargo a los propios recursos de las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., de las cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y las primas del seguro previsional, causados durante la vigencia de cada afiliación.

M.P. SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

FECHA: 24/01/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-007-2022-00432-01
Demandante: Martín Camilo Ferreira Camargo
Demandadas: AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y
Colpensiones E.I.C.E.
Asunto: Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia: Juzgado Séptimo 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 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 como magistrada ponente, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y una vez aprobado el proyecto en Sala, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por las AFP Porvenir S.A., e impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., respecto de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por Martín Camilo Ferreira Camargo contra las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-007-2022-00432-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Martín Camilo Ferreira Camargo convocó a juicio a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, y el traslado efectuado entre las administradoras de dicho régimen; se ordene a la AFP Protección S.A. trasladar todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual; y se ordene a Colpensiones E.I.C.E. activar su afiliación al Régimen de Prima Media, y reconocer y pagar la pensión de vejez.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que el señor Martín Camilo Ferreira Camargo nació el 08 de diciembre de 1967; que realizó aportes al Régimen de Prima Media desde el año 1991; que se trasladó a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., en junio de 1994, sin recibir ninguna asesoría, solo porque su empleador le solicitó afiliarse a dicho fondo; y que se trasladó a la AFP Protección S.A. en septiembre de 1998, nuevamente, sin recibir ningún tipo de información.

Adujo que nunca recibió información por parte de los fondos privados de cómo se calculaba el monto de la pensión, ni de la restricción de traslado a partir del momento en que le faltaran diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión; que cuenta con 54 años de edad, y más de 1.258 semanas cotizadas para pensión; y que el 06 de junio de 2022 solicitó el traslado a Colpensiones E.I.C.E., petición que fue rechazada el día 07 del mismo mes y año (doc.02, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada judicial legalmente constituida, **Colpensiones E.I.C.E.** admitió que el señor Martín Camilo Ferreira Camargo nació el 08 de diciembre de 1967, y le solicitó retornar al Régimen de Prima Media el 06 de junio de 2022, petición que fue rechazada el día 07 del mismo

mes y año, porque se encontraba a diez (10) años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que la afiliación del actor al Régimen de Prima Media, se llevó a cabo cumpliendo los requisitos establecidos en el sistema general de seguridad social; que el mismo fue el producto de una decisión libre, consiente y voluntaria, exenta de engaño o falta de información; y que a su prohijada no le asiste responsabilidad alguna respecto de las consecuencias derivadas de la ineficacia traslado ya que su representada no ha incumplido ninguna obligación legal.

De consiguiente, excepcionó de mérito inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; imposibilidad de reconocimiento de pensión de vejez; improcedencia de la obligación de pagar intereses moratorios; buena fe; prescripción; imposibilidad de condena en costas; y la excepción innominada o genérica (doc.11, carp.01).

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.** admitió que el señor Martín Camilo Ferreira Camargo nació el 08 de diciembre de 1967, que se afilió a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., en el año 1994, después de diligenciar la correspondiente solicitud de vinculación de forma libre y voluntaria, y recibir la debida asesoría, en la que le explicaron de forma clara y comprensible las características y diferencias y deferencias de ambos regímenes pensionales; y que la misma tuvo la oportunidad de consultar cualquier duda que existiera respecto a su futuro pensional, pero se abstuvo de hacerlo.

De consiguiente, se resistió a la prosperidad de las pretensiones, y en su defensa excepcionó 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 (doc.12, carp.01).

Finalmente, la **AFP Protección S.A.** admitió que el señor Martín Camilo Ferreira Camargo nació el 08 de diciembre de 1967, se afilió a la entidad el 02 de septiembre de 1998, y cuenta con 1.258 semanas cotizadas; sin embargo, aseveró que el demandante recibió información amplia, adecuada, suficiente, clara, comprensible, precisa y detallada por parte de sus asesores, respecto de las características propias de cada régimen pensional, para que de manera libre e informada seleccionara el más conveniente, según sus condiciones personales, y que el actor tuvo la oportunidad de regresar al Régimen de Prima Media, pero dejó vencer el término establecido para ello, ratificándose en su decisión de permanecer afiliado al Régimen de Ahorro Individual.

Consecuentemente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y propuso las excepciones de 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; inexistencia de la obligación de devolver las primas del seguro previsional; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto; y la genérica o innominada (doc.13, carp.01).

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 21 de noviembre de 2023 declaró la ineficacia de la afiliación inicial del señor Martín Camilo Ferreira Camargo Régimen de Ahorro Individual; declaró que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media; condenó a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones completas, los rendimientos financieros y el valor de los bonos pensionales, y a reembolsar el valor de los descuentos que realizó para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos o cuotas de administración y primas de seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos; ordenó a Colpensiones E.I.C.E. validar la afiliación del demandante, recibir la devolución de

los dineros ordenados, y tener en cuenta el tiempo cotizado por el aquel, como semana cotizadas que deberán reflejarse en la historia laboral; absolvió a Colpensiones E.I.C.E. de la pretensión referida a la pensión de vejez, sin perjuicio de que pueda reclamar el reconocimiento de la prestación una vez acredite los requisitos; declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas; y condenó en costas a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., en favor del demandante (doc.23, carp.01).

1.4.- RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **AFP Porvenir S.A.** interpuso el recurso de alzada en procura de que se absuelva a su representada de la devolución indexada de los rubros ordenados, y la condena en costas, sustentando que no hay lugar que las sumas correspondientes no han perdido el poder adquisitivo, y por el contrario, los gastos administrativos incrementaron el saldo de la cuenta de ahorro individual del actor, sin que dichos rendimientos se hubieren generado en el Régimen de Prima Media, evidenciándose con ello un enriquecimiento sin justa causa del fondo público de pensiones; y porque su representada no podía autorizar el traslado de régimen del actor, quien supera el límite de edad establecido, y no tenía otra opción diferente que la de comparecer al juicio (desde el minuto 03:44:30, doc.23, carp.01).

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, la poderhabiente judicial de **Colpensiones E.I.C.E.**, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia arguyendo que no resulta razonable, ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen; que en los afiliados también recae el deber de informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones; que el silencio del actor durante el transcurso del tiempo constituye una decisión consciente de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual; que al demandante

le faltan diez (10) años o menos para cumplir la edad para pensionarse; y que la ineficacia o nulidad del acto jurídico de traslado no es oponible a terceros de buena fe, como lo es su representada.

En subsidio, solicitó que se confirme la sentencia en cuanto ordenó el traslado del 100% del aporte realizado por la demandante mientras estuvo afiliada al Régimen de Ahorro Individual, esto es, incluyendo las cotizaciones, rendimientos, aportes al fondo de pensión de garantía mínima cuotas de administración, y primas del seguro previsional, debidamente indexadas (doc.03, carp.02).

Por su parte, el procurador judicial del señor **Martín Camilo Ferreira Camargo** solicitó que se confirme el fallo de primer grado, alegando que en el caso concreto se debe aplicar la interpretación más favorable para el afiliado; que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene fijado un criterio reiterado sobre las consecuencias del incumplimiento del deber de información; que dicha obligación debe acreditarse durante la selección del régimen, sin que los traslados horizontales convaliden la omisión inicial; y que la carga de la prueba le asiste a la administradora con la que se hubieren surtido el traslado (doc.04, carp.01).

Finalmente, la poderhabiente judicial de la **AFP Porvenir S.A.** alegó que no hay lugar a la devolución de los gastos administrativos, porque el descuento de los mismos fue autorizado por el legislador, y constituye el soporte o fundamento de los rendimientos financieros generados; que no hay lugar a la devolución de la prima del seguro previsional, porque la demandante gozó de la cobertura de los riesgos asegurados, y porque la prima fue devengada por la aseguradora, y no por su representada; que no hay lugar a la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, porque su destinación se dio acorde al funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual; que no hay lugar a la indexación, porque los gastos administrativos no han perdido el poder adquisitivo de la moneda; y que no hay lugar a la condena en costas, porque aunque tuviere la voluntad de devolver a la demandante al Régimen de Prima Media, para ello se requiere la declaratoria judicial de ineficacia (doc.05, carp.02).

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que fueron objeto de apelación por la **AFP Porvenir S.A.**, 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 Martín Camilo Ferreira Camargo nació el 08 de diciembre de 1967 (pág.23, doc.02, carp.01); se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 12 de diciembre de 1989 (págs.52-54, doc.13, carp.01); se trasladó a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A. el 16 de junio de 1994 (pág.42, doc.02, carp.01; pág.74, doc.12, carp.01); y afilió a la AFP Protección S.A. el 02 de septiembre de 1998 (pág.53, doc.02, carp.01; pág.49, doc.13, carp.01).

- Que el 23 de noviembre de 2021 la AFP Protección S.A. proyectó que el actor recibiría una pensión de \$1.629.156 si continuaba cotizando con el mismo ingreso base de cotización, y que si hubiere estado afiliado a Colpensiones E.I.C.E., la mesada de la prestación sería de \$3.62.850 (págs.80-86, doc.01, carp.01).

- Que el 06 de junio de le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. declarar la nulidad de su traslado de régimen pensional (págs.24-31, doc.02, carp.01), petición que fue rechazada el día 07 del mismo mes y año, porque se encontraba a diez (10) años o menos del requisito de la edad para pensionarse (págs.32-34, doc.01, carp.01).
- Que para el 21 de diciembre de 2022 el pretensor contaba con 1.258,43 semanas cotizadas (págs.55-67, doc.10, carp.01), y un saldo acumulado de \$271.117.356, de los cuales, \$66.391.347 son aportes, y \$196.615.761 son rendimientos (págs.68-79, doc.13, 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 Martín Camilo Ferreira Camargo desde el Régimen de Prima Media hacía el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., en la fecha 16 de junio de 1994, adolece de ineficacia, y si la misma irradia su posterior afiliación a la AFP Protección S.A., en la fecha 02 de septiembre de 1998?

En caso afirmativo, se establecerá ¿Si debe ordenarse a las AFP 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 por cada una de aquellas, 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 de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información, y de forma consecencial, debe ordenarse el traslado, no solo de los aportes y los rendimientos financieros, sino también de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria, debidamente indexados, con cargo a cada una de los fondos privados a los que estuvo afiliada el demandante; sin embargo, la sentencia de primera instancia será **modificada** únicamente en el sentido de precisar que la declaratoria de ineficacia recae sobre acto jurídico de traslado de régimen pensional, y no sobre la afiliación inicial como erróneamente se indicó en el fallo.

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 1° del artículo 271 de la presente ley*”.

A su vez, el artículo 271 ibídem establece que: “*El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.*”

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

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

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia de la afiliación 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 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,
- 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 Martín Camilo Ferreira Camargo se afilió al Régimen de Prima Media el 12 de diciembre de 1989, con el empleador Banco Popular S.A.; y que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., en la fecha 16 de junio de 1994, y que posteriormente se trasladó a la AFP Protección S.A., en la fecha 02 de septiembre 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 supe con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); y es por ello que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad o consentimiento informado del demandante para asentir el traslado

de régimen pensional, ni el traslado horizontal en el Régimen de Ahorro Individual, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado a el demandante no se deriva prueba de confesión en tanto que el mismo indicó que no recuerda la fecha en la que se trasladó del ISS a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A.; que en ese momento no recibió ninguna asesoría por parte del fondo privado, ni por su empleador; que recibió el formulario de afiliación de parte de su empleador, para suscribirlo junto con el contrato de trabajo; que no recibió asesoría con posterioridad al traslado; que no tenía conocimiento que podía retornar al régimen público, ni que tuviera un plazo máximo para hacerlo; y que ahora desea trasladarse por las ventajas que conoció del Régimen de Prima Media (desde el minuto 01:02:10, doc.22, carp.01).

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

En este escenario probatorio, esto es, ante la ausencia de medios demostrativos que den cuenta de la información que la AFP Porvenir S.A., otrora AFP Horizonte S.A., le brindo a el 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 Protección S.A.

Consecuentemente, la sentencia de primera instancia será modificada en este punto, únicamente para precisar que la declaratoria de ineficacia recae sobre acto jurídico de traslado de régimen pensional y no sobre la afiliación inicial.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional

La declaratoria de ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización del demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media, para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor.

Y es que además, no puede afectarse el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media, con la disminución de la cotización en favor de la administradora del fondo privado accionada, teniendo en cuenta, que fue quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo ésta, la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del actor, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

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

“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 manera particular, se relievra que los rendimientos financieros generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad del demandante y no de los Fondos, aunado a ello, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

Los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por la afiliada, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

En cuanto a las primas de los seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del pretensor, también

generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de la AFP demandada y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Adicionalmente, cumple memorar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adoctrinado la procedencia de 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.; corrección monetaria que no comporta una condena adicional, ya que tiene por objeto compensar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y en tal sentido procede incluso de manera oficiosa (CSJ SL359-2021).

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto dispuso el traslado de los aportes y rendimientos financieros, y la devolución indexada, y con cargo a los propios recursos de las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., de las cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y las primas del seguro previsional, causados durante la vigencia de cada afiliación.

De la condena en costas

De conformidad con el numeral 1° del artículo 356 del Código General del Proceso se confirmará la condena en costas impuesta en la primera instancia a cargo de las AFP Porvenir S.A. siendo que, aunque no tenía la facultad para autorizar el traslado de régimen pensional del actor, viéndose avocada a participar en la presente acción judicial, si se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y fue condenada a la devolución indexada, y con cargo a su propio patrimonio, de las cuotas de

administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, resultando de tal manera vencidas en el proceso.

Las costas de esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuestos; se fijan como agencias en derecho en favor del señor Martín Camilo Ferreira Camargo 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 **MODIFICA** el numeral primero de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Martín Camilo Ferreira Camargo contra las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., únicamente en el sentido de precisar que la declaratoria de ineficacia recae sobre acto jurídico de traslado de régimen pensional, y no sobre la afiliación inicial como erróneamente se indicó en el fallo de primera instancia.

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

3.- Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y en favor de Martín Camilo Ferreira Camargo; se fijan agencias en derecho en la suma de \$1.300.000.

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

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

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, acompaño 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