TEMA: **INEFICACIA DEL TRASLADO** - supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media, para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor. /

HECHOS: El señor demandante llamó a juicio a la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E. pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, declarando que se encuentra válidamente afiliado al primero de ellos, consecuencialmente, de condene a la AFP Porvenir S.A., a trasladar los aportes efectuados, sumas adicionales, frutos e intereses, asimismo, se condene a Colpensiones a validar los aportes e incorporarlos en la historia laboral. En primera instancia se declaró la ineficacia de la afiliación del señor demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si el traslado efectuado por el señor demandante desde el Régimen de Prima Media hacía el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Porvenir S.A., adolece de ineficacia.

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, cumple memorar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece: "ARTICULO. 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características: (…) b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará 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" Al respecto, se tiene que el artículo 271 ibídem dispone: "ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. 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". (…) No obstante, contrario a lo sostenido por la apoderada recurrente, el referido documento no da cuenta de la información brindada al accionante previo a que se surtiera el acto jurídico del traslado, ni el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, 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 suple 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 actor para asentir el traslado de régimen pensional, en los términos previstos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. (…) 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 y el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, ni las consecuencias del traslado y las desventajas que podría traerle dicho régimen pensional, así como tampoco conocía las reglas propias 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 Porvenir S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del filiado, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama el pretensor. (…) 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. (…) Adicionalmente, cumple memorar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL950 de 2022, ha adoctrinado la procedencia de la indexación de los descuentos objeto de devolución, como lo son las comisiones de administración, los aportes al fondo de garantía mínima, y las primas del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP, como un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones E.I.C.E.; 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 (…)

M.P: SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
FECHA: 23/04/2024
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:	05001-31-05-018-2023-00120-01
Demandante:	Jairo Alberto Restrepo Munera
Demandadas:	AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Asunto:	Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia:	Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia de la afiliación y/o traslado al Régimen de Ahorro Individual

Medellín, abril veintitrés (23) 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y aprobado el proyecto propuesto por la magistrada ponente, procede a resolver el recurso de apelación incoado por la 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 8 de marzo de 2024 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor Jairo Alberto Restrepo Munera contra la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-018-2023-00120-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Jairo Alberto Restrepo Munera llamó a juicio a la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E. pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, declarando que se encuentra válidamente afiliado al primero de ellos, consecuencialmente, de condene a la AFP Porvenir S.A., a trasladar los aportes efectuados, sumas adicionales, frutos e intereses, asimismo, se condene a Colpensiones a validar los aportes e incorporarlos en la historia laboral.

En respaldo de tales pedimentos, se expuso que el señor Jairo Alberto Restrepo Munera nació el 28 de marzo de 1964, que desde el 5 de noviembre de 1987 comenzó a realizar cotizaciones al Régimen de Prima Media, trasladándose el 15 de febrero de 1995 a la AFP Porvenir S.A., momento en el cual no se le suministró una asesoría clara, precisa, veraz, oportuna y suficiente, para tomar una decisión libremente consentida, no siendo informado sobre las características, ventajas y desventajas del traslado, ni sus consecuencias (págs. 3-6, 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 como cierta, la fecha de nacimiento del señor Jairo Alberto Restrepo Munera y la afiliación al ISS, sosteniendo no constarle los demás hechos, por corresponder a situaciones propias de otra administradora.

En oposición a las pretensiones 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; prescripción; compensación indexada; devolución de cuotas y

gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados; buena fe de Colpensiones; improcedencia de condena en costas y compensación. (págs. 2-19, doc.05, carp.01)

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.** replicó la demanda, admitiendo como cierta la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS y el traslado a la AFP Porvenir S.A., negando lo referente a la forma en que se dio dicho traslado, toda vez que Porvenir S.A., informó de manera amplia y suficiente al demandante acerca de las características propias del Régimen de Ahorro Individual, sus diferencias frente al Régimen de Prima Media y las consecuencias derivadas del traslado.

De consiguiente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y de fondo propuso las excepciones de validez y eficacia de la afiliación e inexistencia de vicios en el consentimiento; aplicación del artículo 1746 del Código Civil en relación con los rendimientos financieros, gastos de comisión y primas de seguro; prescripción; buena fe y la innominada o genérica (págs. 3-14, doc.07, carp.01).

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 8 de marzo de 2024, declaró la ineficacia de la afiliación del señor Jairo Alberto Restrepo Munera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A.; ordenó a la AFP Porvenir S.A. efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos; ordenó a Colpensiones E.I.C.E. reactivar la afiliación de la demandante y recibir las sumas indicadas, finalmente, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A (doc.018, carp.01).

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **AFP Porvenir S.A.** interpuso el recurso de alzada a fin de que se revoque la sentencia en su totalidad, señalando que se repara la declaratoria de ineficacia del traslado, pues contrario a lo que se indica en la sentencia, quedó debidamente acreditado el cumplimiento del deber de asesoría básica y necesaria que recaía en cabeza de Porvenir S.A. para 1995, toda vez que no se exigía prueba documental más allá del formulario de afiliación, destacando que si en gracia de discusión se hubiera traído al plenario prueba adicional de la asesoría que se le hubo de brindar al demandante, la decisión no sería diferente a la adoptada, pues cuando se duelen los demandantes de una presunta omisión del deber de asesoría, lo que buscan es retomar al Régimen de Prima Media, por un factor netamente económico, buscándose simplemente un mejor postor.

Insiste que se aparta de la posición del juzgado, pues se apega al precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, el cual impone cargas y obligaciones retroactivas que no eran exigibles para el momento de la migración de régimen pensional del demandante, sumado a ello, no pueden pasarse por alto los actos de relacionamiento perpetrados por el demandante, los que denotan la ratificación de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual.

Así mismo, manifiesta inconformidad respecto de la totalidad de rubros o emolumentos que se ordena girar con destino a Colpensiones, debidamente indexado y con cargo a las propias utilidades, centrando la atención en las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes a la garantía de pensión mínima, sosteniendo que ellos surgen por autorización legal y corresponden a la contraprestación percibida por los fondos privados por adelantar gestiones tendientes a engrosar o incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual de los afiliados, lo mismo ocurre en torno a las sumas giradas mensualmente a las aseguradoras para las contingencias de invalidez y sobrevivencia, por lo que la orden de su traslado indexado, constituye per se un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones y en detrimento de Porvenir S.A., finalmente, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, son dineros que no se

encuentran dispuestos en las arcas de los fondos privados, por lo que su traslado constituye un doble pago.

Frente a la imposición de costas procesales, adujo que el actuar de Porvenir S.A., en todo momento estuvo ajustado a derecho y la buena fe constitucional (desde el minuto 01:07:34, doc.018, video2, carp.01).

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, el apoderado de **Colpensiones E.I.CE.**, destacó que la ineficacia invocada recae sobre un presunto error al que la parte actora fue inducida, sin que en el caso concreto el engaño invocado se encuentre válidamente acreditado, no existiendo soporte probatorio, careciendo de viabilidad la ineficacia, la cual de paso quebranta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución. En caso de que se considere aplicable la teoría de la ineficacia, solicita se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en virtud de la afiliación que se declara ineficaz, debidamente indexado, teniendo en cuenta lo señalado en sentencias SL1421, 1452 y 1688 de 2019 (doc. 03, carp.02)

Por su parte, la apoderada de la **AFP Porvenir S.A.,** reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de alzada a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia (doc.04, carp.02).

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 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 Jairo Alberto Restrepo Munera nació el 28 de marzo de 1964 (pág.21,22, doc.02, carp.01).

- Que el actor se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., el 15 de febrero de 1995 (pág.68, doc.02, carp.01)

- Que el pretensor ha cotizado un total de 1578 semanas en su vida laboral (págs.60-63 doc.07, 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 Jairo Alberto Restrepo Munera desde el Régimen de Prima Media hacía el

Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Porvenir S.A., en la fecha 15 de febrero de 1995, adolece de ineficacia?

En caso afirmativo se tendrá que determinar:

¿Si en virtud de la declaratoria de ineficacia, debe ordenarse a la AFP Porvenir 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 descontadas de la cotización?

¿Si hay lugar a revocar la condena en costas a cargo de la AFP Porvenir S.A.?

2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto jurídico de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber legal 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; procediendo igualmente la condena en costas, en tal sentido, lo procedente será **confirmar** la sentencia de primera instancia.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la Ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el Régimen de Prima Media, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público, y el Régimen de Ahorro Individual administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado (artículo 12).

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

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

En este contexto de dualidad, cumple memorar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece:

> *"ARTICULO. 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características:*
> *(…)*
>
> *b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará 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"*

Al respecto, se tiene que el artículo 271 ibídem dispone:

> "*ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. 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 las administradoras de fondos de pensiones, como 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, 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 *sub juice*, se tiene establecido que el señor Jairo Alberto Restrepo Munera se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Porvenir S.A. el 15 de febrero de 1995, según se extrae del formulario de afiliación iincorporado al plenario (pág.68 doc.02, carp.01).

No obstante, contrario a lo sostenido por la apoderada recurrente, el referido documento no dan cuenta de la información brindada al accionante previo a que se surtiera el acto jurídico del traslado, ni el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, 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 suple 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 actor para asentir el traslado de régimen pensional, en los términos previstos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado al señor Jairo Alberto Restrepo Munera no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó que leyó el formulario de afiliación, que lo suscribió sin presión, aduciendo que le dijeron que el Seguro Social se iba acabar y que lo mejor era pasarse a los fondos, que tendría muy buena rentabilidad, pero que no le explicaron que el valor de la pensión dependía del capital de la cuenta de ahorro, ni la garantía de pensión mínima, que no le hablaron de las modalidades pensionales, ni le explicaron ventajas y desventajas de uno y otro régimen (desde el minuto 01:40:55, doc.018, 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 y el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, ni las consecuencias del

traslado y las desventajas que podría traerle dicho régimen pensional, así como tampoco conocía las reglas propias 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 Porvenir S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del filiado, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama el pretensor.

En este escenario probatorio, esto es, ante la ausencia de medios demostrativos que den cuenta de la información que la AFP Porvenir S.A. le brindó al gestor del proceso al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no es posible una decisión distinta a la adoptada por la cognoscente de primera instancia, en cuanto declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional, y por ello, la sentencia apelada y consultada será confirmada en este aspecto.

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 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3034 de 2021, indicando:

> *"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".*

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

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

De manera particular, se relieva 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 traslados 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 las mismas 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 la indexación de los descuentos objeto de devolución, como lo son las comisiones de administración, los aportes al fondo de garantía mínima, y las primas del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP, como un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, 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 también será confirmada en cuanto dispuso el traslado de los aportes y rendimientos financieros, y el

reintegro indexado, y con cargo a los recursos de la AFP Porvenir S.A., 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.

De las costas procesales

El numeral 1º 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".*

Entonces, la condena en costas impuesta en la primera instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. será confirmada, teniendo en cuenta para ello que la misma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y fue vencida en juicio, siendo claro, que la imposición de costas obedece a un factor objetivo y en tal medida, su imposición no está sujeta a la comprobación de un actuar de buena o mala fe.

Las costas de esta instancia estarán a cargo de la AFP Porvenir S.A., por habérsele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación; se fijan como agencias en derecho en favor del actor 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 **CONFIRMA** la sentencia proferida el 8 de marzo de 2024 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por el señor Jairo Alberto Restrepo Munera contra la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E.

2.- Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A.; las agencias en derecho en favor de Jairo Alberto Restrepo Munera se fijan en la suma de $1.300.000.

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

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3º 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 RONDÓN

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