



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-012-2022-00015-01
Demandante: Dora Inés Marín Libreros
Demandado: AFP Colfondos S.A., AFP Porvenir S.A. y
Colpensiones E.I.C.E.
Asunto: Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia: Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, mayo dieciséis (16) de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE como magistrada ponente, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., y a impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., respecto de la sentencia proferida el 16 de marzo de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por Dora Inés Marín Libreros contra las AFP Colfondos S.A y Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Nacional 05001-31-05-012-2022-00015-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora Dora Inés Marín Libreros convocó a juicio a las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación al Régimen de Prima Media; se condene a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones E.I.C.E. todos y cada uno de los aportes efectuados al Régimen de Ahorro Individual, incluyendo los rendimientos financieros, y sin ningún descuento por cuotas de administración; o en subsidio, se condene a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., a título de indemnización de perjuicios, a reconocer la diferencia existente entre la mesada que recibirá en el Régimen de Ahorro Individual y la que habría de recibir en Régimen de Prima Media, y la suma de 100 SMLMV por concepto de perjuicios morales; y en todo caso, se condene en costas a las entidades demandadas.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que la señora Dora Inés Marín Libreros nació el 06 de abril de 1971, realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el mes de diciembre de 1992, se trasladó a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., el 29 de marzo de 2001, y a la AFP Colfondos S.A., el 28 de noviembre de 2001, sin que ninguno de estos fondos privados le hubiere brindado asesoría al momento de la afiliación, ni en el momento previo a cumplir los 47 años de edad, respecto de la edad mínima y saldo en la cuenta de ahorro individual que debía acreditar para acceder a la pensión de vejez, ni las diferencias que existían entre el Régimen de Ahorro Individual y el Régimen de Prima Media.

Dijo que cuenta con 1.415 semanas cotizadas, de las cuales, 376 se aportaron al Régimen de Prima Media, y 1.039 al Régimen de Ahorro Individual; que el 13 de septiembre de 2021 la AFP Colfondos S.A. le informó que no cuenta con el

capital para acceder a la pensión de vejez, pero tiene derecho a la garantía de pensión mínima, y que la anulación del traslado de régimen debía tramitarse con la entidad que se produjo la primera afiliación al Régimen de Ahorro Individual; que el 24 de noviembre de 2021 la AFP Porvenir S.A. le indicó que no era posible dejar sin efectos su vinculación porque no evidenciaba vicios en el consentimiento; que el 26 de agosto de 2021 le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. retornar al Régimen de Prima Media, pero el traslado fue rechazado en la misma fecha; y que en Colpensiones E.I.C.E. habría causado una mesada de \$1.753.552 (doc.06, 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 la señora Dora Inés Marín Libreros nació el 06 de abril de 1971, se afilió al ISS en diciembre de 1992, y cotizó 410,57 semanas hasta abril de 2001, y solicitó retornar al Régimen de Prima Media el 26 de agosto de 2021, petición que fue rechazada en la misma fecha.

Sostuvo que el traslado al Régimen de Ahorro Individual se llevó a cabo en cumplimiento de las normas y requisitos exigibles para la época, y porque la demandante se encuentra a diez años o menos de la edad mínima para pensionarse, lo que pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema y el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. De consiguiente excepcionó imposibilidad jurídica de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual; falta de legitimación en la causa por pasiva; prescripción y/o caducidad de la acción; compensación; buena fe; e imposibilidad de condena en costas (doc.08, carp.01).

Por su parte, la **AFP COLFONDOS S.A.** aceptó que la señora Dora Inés Marín Libreros nació el 06 de abril de 1971, y se afilió a la entidad el 28 de noviembre de 2001; que el 13 de septiembre de 2021 le proyectó que solo se pensionaría

bajo la garantía de pensión mínima, y que la anulación del traslado de régimen debía validarse con la entidad con que se vinculó al Régimen de Ahorro Individual.

Aseveró que sus agentes comerciales le brindaron a la demandante una asesoría completa e integral, informándole de manera clara, concisa, pertinente y comprensible las implicaciones que conllevaba el cambio de régimen pensional, las ventajas y desventajas de cada uno, y las diferencias que caracterizan cada régimen pensional, siendo la elección de la demandante pertenecer al Régimen de Ahorro Individual; razones por las cuales se opuso a la prosperidad de las pretensiones y excepcionó 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 régimen administrado por Colfondos; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago; inexistencia de perjuicios; prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios; improcedencia del reconocimiento de la pensión de vejez bajo las condiciones del Régimen de Prima Media; e inexistencia de prueba de los perjuicios (doc.10, carp.01).

Finalmente, la **AFP PORVENIR S.A.** asintió que la señora Dora Inés Marín Libreros se afilió a la entidad el 29 de marzo de 2011, pero afirmó que en el momento previo de la afiliación asesoró a la actora respecto de los riesgos, condiciones, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales; que durante su vinculación le brindó la información necesaria para que en cada oportunidad legal tomara la decisión informada de trasladarse al Régimen de Prima Media o continuar afiliada al Régimen de Ahorro Individual; y que el monto de la mesada pensional solo puede establecerse cuando se solicita el reconocimiento de la prestación, y por ello, las proyecciones son meras estimaciones

Afirmó que lo alegado por la demandante no constituye un error de hecho, sino un error de derecho, por cuanto no se aportaron pruebas acrediten vicios en el consentimiento, razón por la cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones

excepcionando de mérito la prescripción; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (doc.11, carp.01).

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 16 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado de la señora Dora Inés Marín Libreros al Régimen de Ahorro Individual; condenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones E.I.C.E. el monto del capital ahorrado por la demandante, y todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1.746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; y a trasladar con cargo a sus propios recursos, los descuentos efectuados para la garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las primas de la aseguradora y reaseguradora, sumas éstas que deberán ser debidamente indexadas; condenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones E.I.C.E., con cargo a sus propios recursos, los descuentos efectuados para la garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las primas de la aseguradora y reaseguradora, sumas éstas que deberán ser debidamente indexadas; advirtió que si la sumatoria de todos los conceptos que se ordenaron trasladar, resultare inferior al aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en el Régimen de Prima Media, serán las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. quienes asuman esa diferencia; ordenó a Colpensiones E.I.C.E. recibir los valores antes descritos, e incorporarlos como semanas cotizadas en la historia laboral de la demandante, las que habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema de pensiones; declaró infundadas las excepciones propuestas por las codemandadas; y condenó en costas a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. en favor de la demandante (doc.18, carp.01).

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.** impetró apelación en procura de que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, incluso en lo que respecta a las costas procesales, arguyendo que la prueba documental y el interrogatorio de parte dan cuenta de la voluntariedad de la demandante para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual; que para esa época solo se exigía el diligenciamiento del formulario de afiliación, cuya suscripción por parte de la actora da cuenta de la asesoría brindada; que el traslado entre administradoras ratifica la voluntad de permanencia al dicho régimen; que el empleador de la demandante intervino en el traslado induciéndola al mismo; y que no hay lugar al traslado de las cuotas de administración, porque con los mismos se generaron los rendimientos financieros y se garantizó el cubrimiento de las contingencias de invalidez y muerte; y que los rendimientos financieros compensan las pérdidas del poder adquisitivo que hubieren podido sufrir los aportes por el fenómeno inflacionario, siendo improcedente el reconocimiento de la indexación (minuto 00:54:55, doc.19, carp.01).

Por su parte, el poderhabiente de la **AFP COLFONDOS S.A.** interpuso el recurso de alzada en orden a que la decisión de primer grado sea revocada en su totalidad, teniendo en cuenta que el traslado horizontal efectuado por la demandante se dio de forma libre y voluntaria, como fue confesado por la demandante; que su representada cumplió con todos los deberes legales existentes para aquel entonces, época para la que no se exigía la conservación de grabaciones o documentos adicionales al formulario de afiliación para demostrar el consentimiento informado; que la demandante lleva más de 20 años afiliada al Régimen de Ahorro Individual ratificando cada día su decisión de permanecer afiliada al mismo; que no hay lugar al pago de futuras e hipotéticas diferencias siendo que con el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual quedaría saldada cualquier diferencia, y que no existe prueba de ningún perjuicio a título del que pueda imputarse tal responsabilidad (minuto 00:59:15, doc.19, 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 revocar la sentencia de primera instancia, arguyendo que a actora se trasladó al Régimen de Ahorro Individual de manera, libre, espontánea y sin presiones, tal y como lo hizo constar en el formulario de afiliación; que el análisis de la información suministrada debe valorarse bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario, por lo que no es razonable ni jurídicamente válido imponer cargas probatorias no previstas en el ordenamiento jurídico; que correspondía a la parte actora la carga de probar la presunta existencia de un vicio en el consentimiento, sin que se hubieren configurado los supuestos para la inversión o carga dinámica de la prueba; que la declaración injustificada de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados; que la entidad que representa no intervino en el traslado de régimen pensional, por lo que no le asiste responsabilidad alguna en las consecuencias de la ineficacia; y que, en todo caso, debe ordenarse la devolución de las sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, y los descuentos efectuados para la garantía de pensión mínima, los seguros previsionales, y las cuotas de administración, debidamente indexados (doc.03, carp.02).

Por su parte, la procuradora judicial de la **AFP PORVENIR S.A.**, reiteró la solitud de revocatoria del fallo, insistiendo en que la actora recibió la asesoría necesaria y obligatoria para estar debidamente informada previo al traslado, y de ello da cuenta el formulario de afiliación adosado, siendo el único documento exigido para la época; que la actora tuvo diferentes oportunidades para trasladarse nuevamente, y en su lugar, permaneció afiliada al Régimen de Ahorro Individual, demostrando su interés de permanecer inmersa en el mismo; que lo que motiva a demandante a solicitar ineficacia del traslado no reposa en la forma en cómo se produjo, sino en el supuesto de no cumplirse su expectativa sobre el eventual monto de la pensión que recibiría; que las restituciones mutuas son un efecto propio de la ineficacia de los actos jurídicos, y por ello, solo hay lugar al traslado

de los aportes y los rendimientos financieros, siendo que lo demás conceptos que se ordenaron trasladar, se descuentan en ambos regímenes y en todo caso se compensan con los rendimientos; que la sentencia que se profiera debe respetar el principio de sostenibilidad financiera; y que no hay lugar a la condena en costas porque su prohijada siempre obró con buena fe, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, y buscando siempre el beneficio de la demandante (doc.04, carp.02).

De otro lado, la apoderada judicial de la **AFP COLFONDOS S.A.** insistió en la solicitud de revocatoria de la sentencia confutada alegando que su prohijada siempre cumplió con el deber de información, y jamás incurrió en omisión ni de indebida o equivocada asesoría; que la demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre, voluntaria e informada, y su vocación de permanencia a través de diferentes administradoras ratificó la voluntad de estar afiliada al Régimen de Ahorro Individual; y que la condena impuesta de manera futura e indeterminada es desproporcional porque con el traslado de los aportes, sin aplicarles ningún descuento, se salda cualquier diferencia que pudiese existir respecto de los aportes generados en el Régimen de Prima Media, y porque no existe prueba de daño, culpa ni nexo de causalidad respecto de los perjuicios que se pretendan indemnizar con dicha condena, de ser éste el caso (doc.05, carp.02).

Finalmente, la vocera judicial de **DORA INÉS MARÍN LIBREROS** solicitó confirmar de la decisión de primer grado sustentando que a los fondos privados demandados les asistía el deber de brindarle a su prohijada la información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado de régimen pensional para que se entendiera eficaz el traslado, circunstancia que de ninguna manera quedó acreditada (doc.06, 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 son objeto de apelación, 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 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 la señora Dora Inés Marín Libreros nació el 06 de abril de 1971, tal y como se desprende del registro civil de nacimiento (pág.21, doc.06, carp.01), y del documento de identidad (pág.22, doc.03, carp.01); y que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 02 de diciembre de 1992, pues así se infiere de la historia laboral válida para bono pensional (págs.31-32, doc.06, carp.01) y del resumen de semanas cotizadas (págs.36-42, doc.08, carp.01).

- Que la demandante se trasladó a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A. el 29 de marzo de 2001 (pág.64, doc.06, carp.01; pag.44, doc.11, carp.01), y a la AFP Colfondos S.A. el 28 de noviembre de 2001 (pág.53, doc.06, carp.01; págs.36-37, doc.10, carp.01), tal y como lo acreditan los formularios de afiliación incorporados al plenario.

- Que el 12 de octubre de 2022 la AFP Colfondos S.A., proyectó que la actora se pensionaría a los 57 años bajo la garantía de la pensión mínima (págs.27-30, doc.06, carp.01); y que el 26 de agosto de 2021 ésta le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. tener como ineficaz y/o nula su afiliación al Régimen de Ahorro Individual (págs.71-72, doc.06, carp.06), petición que fue rechazada en la misma fecha porque le faltaban menos de diez años para cumplir la edad mínima para tener derecho a la pensión de vejez (págs.73-74, doc.06, carp.01).

- Y que para el 13 de septiembre de 2021 la pretensora contaba con 1.415 semanas cotizadas (págs.34-51, doc.06, carp.01), y un saldo acumulado de \$75.940.725 (págs.69-83, doc.08, 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 la demandante el 02 de diciembre de 1992, desde el Régimen de Prima Media hacia el Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., y su pretérita afiliación a la AFP Colfondos S.A. el 28 de noviembre de 2011 adolecen de ineficacia?

¿Si debe ordenarse a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., además del traslado de las cotizaciones y los rendimientos financieros, la devolución de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las primas del seguro previsional, debidamente indexados, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia; y a trasladar el valor que se llegare a causar si la sumatoria de los conceptos trasladados resulta inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que hubiera permanecido en el régimen de prima media?

¿Si procede la condena en costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. en la primera instancia?

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 consecuencial, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria de la demandante, debidamente indexados, sin que la ‘equivalencia del ahorro’ dispensada por la *a quo* resulte consistente con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala. Consecuentemente, lo procedente será REVOCAR y 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 público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado (artículo 12).

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

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

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la libertad de selección de régimen como característica del Sistema General de Pensiones de la siguiente manera “... *la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, 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.* (subraya de la Sala)

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 reguló 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 del afiliado, 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; SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021 y más recientemente en las sentencias

SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022 y SL1637 del 11 de mayo de 2022, 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 con Solidaridad, debe 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 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 el traslado de régimen pensional de la señora Dora Inés Marín Libreros, a través de AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., mediante formulario de afiliación suscrito el 29 de marzo de 2001, con efectividad a partir del 01 de mayo del mismo año, según se extrae del Certificado SIAFP incorporado (págs.33-34, doc.10, carp.01; págs.47-49, doc.11, carp.01), no obstante, el formulario de afiliación adosado (pág.64, doc.06, carp.01; pag.44, doc.11, carp.01) no da cuenta de la información brindada a la accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“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); por ello, de tal documento no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado a la demandante no se deriva prueba de confesión, en tanto que la mismo indicó que trabajaba para la Gobernación, y allí fue donde les dijeron que se trasladaran para Porvenir porque ese fondo era más bueno, sin que su empleador le hubiere brindado ninguna ilustración al respecto, y sin haber estado acompañada de un asesor del fondo privado; que no fue advertida por su empleador de ninguna consecuencia adversa si decidía no suscribir el formulario; que permaneció afiliada a este fondo porque entendió que le era más beneficiario, aunque durante su tiempo de afiliación no tuvo ningún contacto con la entidad; que pretende retornar a Colpensiones E.I.C.E. porque no le alcanzaría para vivir con un (1) SMLMV; que se trasladó a Colfondos de manera voluntaria después de que un asesor le enseñara los beneficios de cambiarse de fondo, aunque no recuerda cuales eran esos beneficios; y que no le informaron que sus aportes estarían en una cuenta de ahorro individual, que generarían rendimientos financieros, o que se trabaja de un régimen diferente al administrado por el Seguro Social (desde el minuto 00:10:20, doc.19, carp.01).

De lo anterior, es claro que, si bien la gestora del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información completa, sin conocer las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual ni del Régimen de Prima Media. Aunado a ello, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno a partir del cual pueda establecerse que la AFP Porvenir S.A., en otrora AFP Horizonte S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama la pretensora, obligación que tampoco se acreditó fuera cumplida por la AFP Colfondos S.A.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., inicialmente le brindo a la actora, esto es, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de su afiliación a dicha administradora, declaratoria que irradia o se hace extensiva a su pretérita afiliación a la AFP Colfondos S.A.

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 de la demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media, para garantizar el financiamiento de la futura pensión de la actora.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de la administradora accionada, teniendo en cuenta, que fue la AFP Colfondos S.A., 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 de la actora, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

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

Los aportes al fondo de garantía mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual 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 de la AFP 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 de la 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.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, indicando:

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular”

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. 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.”

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 S.A, además, deberá trasladar a Colpensiones, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que la 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”.

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 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, tal y como lo ordenó el *a quo*.

Finalmente, y de cara al cálculo de equivalencia, ha de relieves la Sala que tal decisión no es consistente con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala, pues en estos casos, el criterio vertido por el máximo órgano jurisdiccional no ha tenido variación en cuanto, una vez verificada la ineficacia del traslado, lo procedente es la devolución todos los valores que por aportes hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, incluyendo lo descontado para cubrir las primas de los seguros previsionales, gastos o comisiones de administración, aportaciones al fondo de garantía de pensión mínima, con todos los rendimientos, frutos e intereses, como se indicó en las líneas que anteceden (SL2877-2020, radicado 78667).

En adición a lo anterior las órdenes impartidas en el fallo garantizan que Colpensiones reciba el valor completo de la cotización, que corresponde al mismo dinero que hubiera percibido de no haberse producido el traslado, aunado a que se le trasladan los rendimientos generados por los aportes, los cuales, por la estrategia de inversión en el mercado de capitales, son superiores en el RAIS, que en el Régimen de Prima Media.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será revocada únicamente en cuanto condenó a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. pagar el valor que se llegare a causar si las sumas trasladadas resultan inferiores al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que la actora hubiera permanecido en el régimen de prima media, y en su lugar, se absolverá a las referidas entidades de tal concepto.

En lo que respecta a la condena en costas impuesta en la primera instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., se memora que la misma resulta procedente por haber resultado vencida en el proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 365 del CGP. Costas en esta instancia únicamente a cargo de la AFP Porvenir S.A., siendo que el recurso de apelación interpuesto por la AFP Colfondos S.A. alcanzó prosperidad, aunque fuere de manera parcial. Se fijan como agencias en derecho, en favor de la parte actora, la suma de \$1.160.000 que corresponde a un (1) SMLMV.

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 REVOCA PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida el 16 de marzo de 2023 por el Juzgado Doce Laboral de Circuito de Medellín en el proceso ordinario laboral instaurado por Dora Inés Marín Libreros contra las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E, en cuanto condenó a los fondos privados accionados a pagar el valor que se llegare a causar si las sumas que se ordenaron trasladar resultaran inferiores al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran

generado en caso de que la actora hubiera permanecido en el régimen de prima media, y en su lugar, se absuelve a las referidas entidades del precitado concepto.

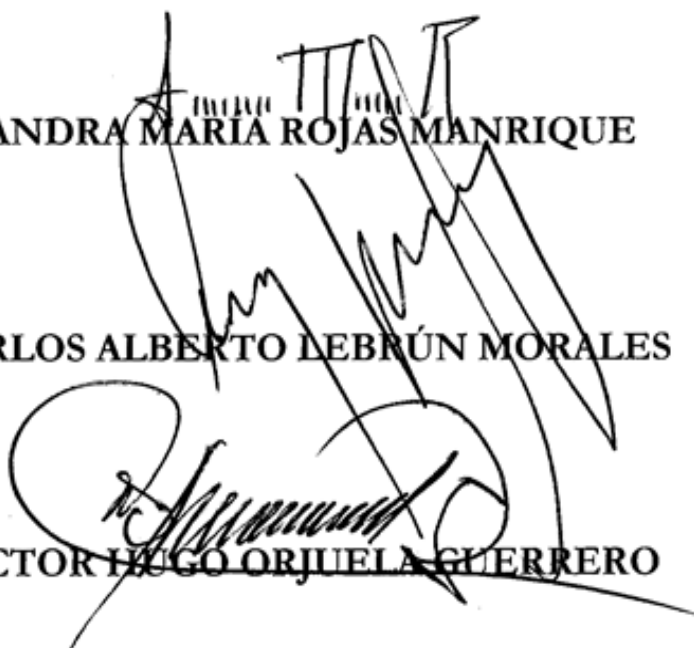
2.- Se **CONFIRMA** en todo lo demás la sentencia de origen y fecha conocidos.

3.- Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y en favor de la señora Dora Inés Marín Libreros; se fijan agencias en derecho en la suma de \$1.160.000.

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 y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO